Der Umfang der Strafvergünstigung beim freiwilligen Rücktritt vom Versuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Johann-Wolfgang-Goethe-Universität

zu

Frankfurt a. M.

vorgelegt von

Willi Erich Wagner
aus Aschaffenburg.

1939.
Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg.

Referent: Professor Dr. Claß

Korreferent: Oberlandesgerichtspräsident Ungewitter

Tag der mündlichen Prüfung: 1. März 1939

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite

A. Einleitung 1

B. Die Wirkungen eines freiwilligen Rücktritts auf den „Versuch als solchen“ 3
I. Vorbemerkungen 3
II. Die Rechtstheorien 4
III. Die kriminalpolitische Theorie 8
IV. Die Billigkeitstheorie 11

C. Der qualifizierte Versuch 14
I. Terminologie 14
II. Wann bleibt das im Versuch enthaltene vollendete Delikt straflos? 15
1. Die Probleme 15
2. Die Bedeutung der Konkurrenzen für den qualifizierten Versuch 16
a) Die objektive Theorie 16
b) Die subjektive Theorie 19
c) Kritische Stellungnahme 21
3. Tötungsvorsatz und Verletzungsvorsatz 22
4. Die Tötung auf Verlangen 28
5. Verletzungsvorsatz und Gefährdungsvorsatz 30
6. Das Delikt der Vergiftung 32

D. Der freiwillige Rücktritt beim Zusammentreffen von Versuch und vorbereitender Straftat 35
I. Die Bedeutung der Subsidiarität 35
II. Die Anwendung des § 46 auf Vorbereitungshandlungen per argumentum a maiori ad minus 36
III. Vorbereitungshandlung und delictum sui generis 40
IV. Einzelerörterungen 44

E. Abschließende kritische Betrachtung 51

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547418_0081

Schrifttum.

Alberti: Strafrechtliche Konsumtion in G.S. Bd. 76 S. 250.

Allfeld: Der Rücktritt vom Versuch nach geltendem Recht und dem Entwurf eines Allgem. D. StrGB. von 1927 in der Festgabe für Frank, Bd. II S. 74 ff.

— Lehrbuch des Dt. Strafrechts, 8. Alg. Allgem. T.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. I bis III.

Bauer: Lehrbuch des Strafrechts, II. A. 1833.

Baumgarten: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, 1888.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

— Grundzüge des Strafrechts, 11. Alg. 1930.

Berner: Lehrbuch des Dt. Strafrechts, 15. und 18. Alg.

Binding: Das bedingte Verbrechen, in G.S. Bd. 68 S. 1 ff.

— Die Normen und ihre Übertretung, 2. Alg.

— Grundriß des Dt. Strafrechts, A.T. 8. Alg. 1913.

Birkmeyer: Vergleichende Darstellungen des Dt. und ausländischen Strafrechts, Allgem. T., Bd. II S. 1 ff.

v. Buri: Über das Wesen des Versuchs in G.S. 25 S. 265 ff.

Dahlmann: Der freiwillige Rücktritt vom Versuch, Diss. Kiel 1911.

Ebermayer: Reichsstrafgesetzbuch A. Alg.

Feuerbach: Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinl. Gesetzbuch, Gießen 1804.

— Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland gültigen peinl. Rechts, Gießen 2. und 14. Alg.

— Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinl. Rechts, 1800.

Finger: Der Versuch und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, in der Festschrift für Karl Binding, Bd. I S. 257 ff.

— Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I. Berlin.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Alg. nebst Nachtrag von 1935.

— Vollendung und Versuch, VDAT. V. S. 163 ff. Berlin 1908.

Freisler: Willensstrafrecht; Versuch und Vollendung, in „Das kommende Strafrecht A.T.", herausgeg. v. Gürtner.

Gerlach: Der qualifizierte Versuch. Eine historisch-dogm. Studie, Diss. Rostock 1907.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, II. A.

Geyer: Erörterungen über den allgem. Tatbestand der Verbrechen nach österr. Recht, 1862.

— Teilnahme mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung, im Handbuch des Dt. Strafrechts, herausgeg. von v. Holtzendorff, 2. Bd. S. 322 ff.

Gilka: Ist § 46 bei allen strafbaren Vorbereitungshandlungen des StrGB. per argumentum a maiori ad minus anwendbar? Diss. Berlin 1934.

Grolmann: Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft, 1818.

Goltdammer: Materialien zum StrGB. für die Preußischen Staaten, Berlin, 1. und 2. Teil.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, 1. Bd. 1881.

Hatzig: Über den Rücktritt vom Versuch und die sog. tätige Reue, Diss. Berlin 1897.
Heimberger: Strafrecht, 1931.
Heinze: Wegfall der Strafe, in Handb. d. Dt. Strafrechts, herausgeg. von Holtzendorff, 2. Bd. S. 587 ff.
Herzog: Der Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, 1889.
Hepp: Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft, Heidelberg 1827.
v. Hippel: Deutsches Strafrecht 2. Bd. Allgem. T. 1930.
John: Entwurf mit Motiven zu einem StrGB. für den Nordd. Bund, 1867.
Kappen: Das Vergiftungsdelikt des § 229 StrGB. im Verhältnis zu den vorsätzlichen Tötungsdel. Diss. Breslau 1917.
Klee: Wille und Erfolg in der Versuchslehre, Strafrechtl. Abhandl. Heft 4.
Kobler: Münzverbrechen und Münzvergehen in VDBT. III. S. 203.
Kohler: Deliktsteilnehmer und persönl. Beziehungen in G.A. S. 169.
Köstlin: System des Dt. Strafrechts, Allgem. T. 1855.
Krauthammer: Der Rücktritt vom Versuch, in Strafr. Abh. H. 310.
Kuhlmann: Der § 49 a RStrGB. in Strafrtl. Abh. H. 143.
v. Liszt: Lehrbuch des Dt. Strafrechts, 23. Alg.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Dt. Strafrechts, 1930.
Löffler: Die Körperverletzung, VDBT. V. Bd. S. 205 ff.
Luden: Über den Versuch des Verbrechens, Abh. I, 1836.
— Handbuch des Dt. gemeinen und partikul. Strafrechts, 1847.
Merkel: Lehrbuch des Dt. Strafrechts, 1889.
Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Dt. Strafrechts, 7. Alg.
Mezger: Strafrecht, 1931.
— Körperverletzung, in „Das kommende Dt. Strafrecht" bes. T. herausgeg. v. Gürtner, S. 391 ff.
Oetker: Strafe und Lohn, G.S. 70 S. 321.
— Vorbereitung und Versuch etc. G.S. 88 S. 86.
— Rechtsgüterschutz und Strafe, ZStrW. 17 S. 493.
v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch f. d. Dt. Reich, 11. Alg. nebst Ergänzungsband.
Oppenhoff: Strafgesetzbuch f. d. Dt. Reich, 14. Alg.
Osenbrüggen: Abhandlungen aus dem Dt. Strafrecht I. Bd. 1857.
Sauermann: Der Versuch als „delictum sui generis", Strafrtl. Abh. H. 227.
Schäfer: W. G.: Strafänderungsfälle als „del. sui generis". Diss. Frankfurt a. M. 1935.
Schaffstein: Nationalsozialistisches Strafrecht, ZStrW. 53, S. 610.
Schlecht: Zur Lehre vom qualifizierten Versuch, ZStrW. Bd. 19 S. 829 ff.
Schmidt, R.: Grundriß des Dt. Strafrechts, 2. Alg. 1931.
Schötensack: Tätige Reue, in VDAT. II. Bd. S. 435 ff.
Schütze: Lehrbuch des Dt. Strafrechts, 2. Alg. 1874.
Schwarze: Versuch und Vollendung, Handbuch des Dt. Strafrts., herausgeg. v. Holtzendorff. 2. Bd. S. 269 ff.
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Dt. Reich, mit Komm. 1914.
Seeger: Bemerkungen zu dem Entwurf eines Nordd. Strafgesb. G.A. Bd. 18 S. 227.
Siegert: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, 1934.
Seligmann: „Delictum sui generis", in Rwsch. Studien, Heft 4, Berlin 1920.
Spohr: Rücktritt und tätige Reue, Strafrtl. Abh. H. 215.
Stolze: Zusammentreffen von Versuch und Vollendung, Diss. Jena 1927.
Thomsen: Über den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte. 1895.
Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1914.
v. Wächter: Deutsches Strafrecht, Vorlesungen, 1881.
Zachariae: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, 1836.

A. Einleitung.

Mit dieser Arbeit soll versucht werden, einen in sich geschlossenen Überblick über die Folgen eines freiwilligen Rücktritts für das gesamte Verhalten des Täters zu geben. Im Mittelpunkt der Erörterungen wird das Problem stehen, wie sich nach geltendem Recht die freiwillige Umkehr des Täters im Stadium des Versuches auf ein mit der Versuchshandlung konkurrierendes vollendetes Delikt auswirkt (sog. „qualifizierter Versuch"); ferner sollen die hiermit in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Fragen erörtert werden, ob die Strafvergünstigung des § 46 StrGB. sich auch auf die dem Versuch vorangehende strafbare Vorbereitungshandlung erstreckt.

Eine kritische Stellungnahme zu der Ansicht maßgeblicher Lehrmeinungen, die wesentliche Beiträge zu diesem Gegenstand geleistet haben, und ein Ausblick für die Regelung dieser Fragen de lege ferenda läßt eine Auseinandersetzung mit den Theorien über die Rechtfertigung einer Strafvergünstigung beim freiwilligen Rücktritt vom Versuch geboten erscheinen. Es soll daher zu Beginn der Arbeit untersucht werden, welche Folgen sich aus einem freiwilligen Rücktritt für den „Versuch als solchen" ergeben müssen (Straffreiheit oder Strafmilderung), und aus welchen Erwägungen sich diese Folgen rechtfertigen lassen. — Anschließend wird unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichtes und der verschiedenen Ansichten der Wissenschaft dargelegt werden, wann der sogenannte qualifizierte Versuch nach geltendem Recht zu bestrafen ist. Wie sich im Verlauf der folgenden Ausführungen ergeben wird, hängt die Beantwortung dieser Frage entscheidend davon ab, wann ein an sich strafbarer Tatbestand, der das Mittel zur Verübung des beabsichtigten weitergehenden Verbrechens darstellte, nach dem Rücktritt des Täters noch als selbständiges vollendetes Delikt zu werten ist. Auch für die Bestrafung der Vorbereitungshandlung nach einem Rücktritt des Täters von der weitergehenden Versuchshandlung wird von entscheidender Bedeutung sein, inwieweit der Gesetzgeber in diesen Fällen einen selbständigen Tatbestand schaffen wollte, d. h. ob die strafbare Vorbereitungshandlung im Einzelfalle als selbständiges Delikt anzusehen ist. — Anschließend soll der gesamte Fragenkomplex unter Berücksichtigung der Theorien über den freiwilligen Rücktritt einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

Die Arbeit konnte sich nicht darauf beschränken, bei dem engen Kreis der angedeuteten Hauptfragen stehen zu bleiben. Eine erschöpfende Behandlung des Gegenstandes dieser Arbeit machte es notwendig, an einigen Stellen auf wichtige Grundfragen der Strafrechtslehre (wie das Wesen und die Bedeutung der Gesetzeskonkurrenz oder die Abgrenzung zwischen Gefährdungsvorsatz, Verletzungsvorsatz und Absicht) einzugehen. Da diese Ausführungen aber nur da notwendig wurden, wo in einzelnen Fällen durch eine unklare Systematik verschiedener Lehrmeinungen und der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Gefahr bestand, für die hier zu behandelnden Fragen Unklarheiten entstehen zu lassen, konnten die Ausführungen in dieser Richtung auf das Grundsätzliche beschränkt werden. — Andererseits mußten mit Rücksicht auf die Vollständigkeit und Geschlossenheit dieser Untersuchung alle Fragen unerörtert bleiben, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit den Folgen des freiwilligen Rücktritts, insbesondere dem qualifizierten Versuch stehen. Es mußten daher aus dem Kreis dieser Betrachtung die Fragen ausscheiden, wann der Rücktritt ein freiwilliger und wann der Versuch beendigt ist, oder welche Wirkungen sich aus einem freiwilligen Rücktritt des Täters für die Bestrafung der Teilnehmer ergeben.

B. Die Wirkungen eines freiwilligen Rücktritts auf den „Versuch als solchen".

I.

Von entscheidender Bedeutung für eine Stellungnahme zu dem Versuch und einem freiwilligen Rücktritt des Täters ist die grundsätzliche Einstellung zu dem Verhältnis von Wille und Tat. — Ein Erfolgsstrafrecht wird die Umkehr des Täters vor der Vollendung nach anderen Gesichtspunkten beurteilen als ein reines Willensstrafrecht. Sieht man in der durch die Versuchshandlung entstandenen objektiven Gefahr den Grund für eine Bestrafung, so erscheint die Bestrafung nicht mehr gerechtfertigt, wenn sich mit dem Rücktritt des Täters ergeben hat, daß eine ernstliche Gefahr überhaupt nicht vorlag[1]).

Auch ein Willensstrafrecht wird zu dem Ergebnis gelangen, daß dem Täter, der freiwillig von der Vollendung absteht, eine Strafvergünstigung zuteil werden muß; die maßgebenden Gesichtspunkte sind jedoch wesentlich andere gegenüber jenen, die zuvor bei dem über das Erfolgsstrafrecht Gesagten angeführt wurden. Ein strafrechtliches System, das in erster Linie den verbrecherischen Willen des Täters beurteilt, wird sich nicht damit begnügen, den Grund der Strafbarkeit in einer Schädigung oder Gefährdung von Rechtsgütern zu sehen; ausschlaggebend wird ihm vielmehr sein, daß eine Strafdrohung des Gesetzes in einem möglichst frühen Stadium der Tat die beste Gewähr für eine wirksame Verbrechensbekämpfung bietet und daß schon jedes äußere Verhalten, das den ernstlichen Entschluß des Täters, ein Verbrechen zu verüben, erkennen läßt, eine Sühne erfordert.

Entschließt sich nun der Täter, der durch seine Handlung zum Feind der Rechtsordnung geworden ist, vor Eintritt des Erfolges umzukehren, so kann wohl wegen dieses Verhaltens auf Bestrafung verzichtet werden, weil dem Täter, der freiwillig seinen verbrecherischen Entschluß aufgegeben hat und zum rechten Weg zurückgekehrt ist, Verzeihung gewährt werden kann. Nicht die Tatsache, daß sich die objektive Gefahr als nicht ernstlich erwiesen hat, sondern die Willensänderung des Täters ist der Grund für die Gewährung einer Strafvergünstigung.

Ein vollkommener Verzicht auf Strafe würde jedoch, wie später noch ausgeführt wird, nach diesen auf dem Willensstrafrecht basierenden

1) Frank, VDAT. V. S. 267.

Erwägungen nicht immer zu billigen Ergebnissen führen. Es erscheint daher auch verständlich, wenn in neuerer Zeit von verschiedenen Seiten die Forderung laut wurde, es solle ein Anspruch auf Strafmilderung oder Straflosigkeit nicht festgelegt werden[2]). — Aber auch schon vor einer deutlich erkennbaren Tendenz unserer Strafrechtswissenschaft zum Willensstrafrecht hat es an solchen Lehrmeinungen nicht gefehlt, die eine Strafvergünstigung beim freiwilligen Rücktritt ablehnten: So fordern grundsätzlich Bestrafung im Falle des freiwilligen Rücktritts John[3]), Geyer[4]) und v. Buri[5]). — Die überwiegende Mehrzahl der Lehrmeinungen vertritt jedoch die Auffassung, daß beim freiwilligen Rücktritt oder der tätigen Reue vollkommene Straffreiheit eintreten müsse[6]).

Zur Begründung der bei freiwilligem Rücktritt nach § 46 StrGB. eintretenden Straffreiheit werden von der Strafrechtslehre im wesentlichen die „Rechtstheorien“[7]) und die kriminalpolitischen Theorien, selten lediglich Billigkeitsgründe angeführt[8]). — Während jene auf rechtsdogmatischem Wege zu dem Ergebnis gelangen, eine Straftat liege nicht vor, da eines der wesentlichen Deliktsmerkmale: Tatbestand, Rechtswidrigkeit oder Schuld fehlten, versucht die kriminalpolitische Theorie die Straffreiheit aus Gründen der Zweckmäßigkeit und der Strafrechtspolitik zu rechtfertigen.

II.

Die sogenannten Rechtstheorien haben heute wesentlich an Bedeutung verloren und werden im Schrifttum kaum noch vertreten. Wenn trotzdem an dieser Stelle nochmals eine gedrängte Darstellung dieser Theorien gegeben wird, so geschieht es vorwiegend deshalb, weil viele Erwägungen über die Rechtfertigung der Straffreiheit für das Verständnis der folgenden Ausführungen über den qualifizierten Versuch von Bedeutung sind.

Eine der ältesten Rechtstheorien ist die von Luden[9]) begründete „Nullitätstheorie“[10]). Er führt aus, es sei aus dem Wesen und dem Begriff des Versuches zu folgern, daß Straflosigkeit für denjenigen ein-

2) Freisler a. a. O. S. 37; vgl. auch Siegert a. a. O. S. 58 und Schaffstein ZStrW. 53/612.

3) a. a. O. S. 222/3.

4) Erörterungen S. 87.

5) G.A. 25/291.

6) Krauthammer S. 15; Herzog S. 168; Frank VDAT. V. S. 241 ff.; Dahlmann a. a. O. S. 73 ff.; Spohr a. a. O. S. 1 ff.; v. Bar a. a. O. II. Bd. S. 549; Binding Normen 1/117 A. 8.

7) Die Bezeichnung „Rechtstheorien“ ist allgemein gebräuchlich; vgl. bei Frank VDAT. V. S. 241.

8) Baumgarten a. a. O. S. 468/9; Schütze S. 141.

9) a. a. O. S. 420; Seeger G.A. 18/233 und Oetker ZStrW. 17/68 haben sich der Theorie Ludens angeschlossen.

10) Terminologie von Herzog a. a. O. S. 154.

treten müsse, der den Versuch aus eigenem Antrieb abbreche, da in diesem Falle im rechtlichen Sinne noch gar keine Handlung vorliege, die mit dem erforderlichen Vollendungswillen begangen worden sei. Wenn dieser Wille zu vollenden vor dem Abbrechen der verbrecherischen Tätigkeit vorgelegen habe, so könne er nach der Umkehr des Täters nicht mehr in Betracht kommen, denn die gesamte verbrecherische Tätigkeit sei von ihrem Beginn bis zur Vollendung eine einzige ungeteilte Handlung. Erlösche der Vollendungswille bei dem einen oder anderen Akte, so müsse es mit Notwendigkeit an einer ungeteilten Handlung fehlen. Es liege also schon tatbestandsmäßig ein Versuch nicht vor.

Die Frage, ob sich nach der Theorie Ludens die Straflosigkeit bei einem freiwilligen Rücktritt des Täters rechtfertigen ließe, wenn der Tatbestand des § 46 einen anderen Wortlaut hätte, bedarf hier keiner Erörterung. Jedenfalls erscheint die Theorie Ludens schon mit Rücksicht auf die Fassung des § 46 abwegig und hält einer Kritik nicht stand. Ein Vergleich der §§ 45 und 46 StrGB. läßt eindeutig erkennen, daß bei einem freiwilligen Rücktritt die Straflosigkeit lediglich sozusagen „rückwirkend" wieder beseitigt wird[11]).

Abgesehen von den Bedenken, die sich aus dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung ergeben, erscheint es auch abwegig, den vorhanden gewesenen verbrecherischen Willen als nicht vorhanden anzusehen, indem man das spätere Verhalten und das vorhergehende künstlich als eine Einheit betrachtet. Es darf nicht verkannt werden, daß es sich hier um zeitlich aufeinanderfolgende Tätigkeiten handelt, die bereits im Anfangsstadium den Charakter einer Straftat tragen. Wie es der Täter durch eine spätere Umkehr, auch wenn diese freiwillig erfolgt, in der Hand haben soll, den Deliktscharakter des vorangegangenen Tuns aufzuheben, ist daher nicht ersichtlich.

Herzog[12]) vertritt in der von ihm begründeten „Präsumtionstheorie"[13]) die Auffassung, daß eine strafbare Handlung nur dann vorliege, wenn der Versuchshandlung eine „Vollendungspotenz" innewohne. In den Fällen, in denen sich noch nicht ersehen lasse, ob die Handlung zur Vollendung führen werde, müsse der fehlende Beweis der Vollendungspotenz aus kriminalpolitischen Erwägungen als geführt angesehen werden. — Trete nun der Täter freiwillig vom Versuch zurück, so sei der Gegenbeweis geführt, daß die vom Gesetz präsumierte „Perfektionskraft" nicht vorhanden war, sodaß auch eine Bestrafung nicht erfolgen könne.

Dieser Ansicht Herzogs schließt sich v. Bar[14]) an, der ausführt, das Gesetz sei zu jener Präsumtion — daß der Versuchshandlung eine Vollendungspotenz innewohne — genötigt, wenn die Bestrafung für den

11) RG.Str. 16/347.
12) a. a. O. S. 174/5 und 261/2.
13) Von Herzog selbst so bezeichnet; a. a. O. S. 155.
14) a. a. O. II. S. 549.

Versuch überhaupt aufrecht erhalten werden sollte. Mit dem Rücktritt des Täters sei jedoch die Vermutung, daß eine Vollendungspotenz vorliege, widerlegt, sodaß eine Bestrafung sich nicht mehr rechtfertigen lasse.

Gegen diese Ansicht ist zunächst einzuwenden, daß sie keinen Aufschluß darüber gibt, warum der Gesetzgeber eine „Vollendungspotenz" für die Strafbarkeit des Versuchs voraussetze, und in welcher Weise das im Gesetz zum Ausdruck gekommen sein soll. Selbst wenn aber die Voraussetzungen, von denen diese Theorie ausgeht, richtig wären, würde es auch den Grundsätzen eines modernen Strafrechts widersprechen, wenn lediglich auf Grund einer Vermutung Bestrafung erfolge. Es kann niemand bestraft werden, weil er v e r m u t l i c h eine strafbare Handlung begangen hätte. Nach der vorgetragenen Lehre müßte man konsequent zu dem eigenartigen Ergebnis gelangen, daß auch der untaugliche Versuch nicht bestraft werden dürfte, da hier ein schädlicher Erfolg nicht eintreten kann und eine Vollendung nicht möglich ist.

Aus den gleichen Erwägungen ist die von Frank[15]) angeführte Rechtfertigung der Straflosigkeit abzulehnen. Er geht davon aus, daß der Versuch nur dann strafwürdig sei, wenn er eine erhebliche Störung des Rechtsfriedens enthalte und folgert weiter, daß der Täter durch freiwilligen Rücktritt die Störung des Rechtsfriedens selbst wieder aufhebe, „oder besser sie überhaupt nicht in Erscheinung treten lasse". — Auch diese Ansicht verkennt, daß ein Verhalten nicht nur dann strafwürdig erscheint, wenn eine erhebliche Störung des Rechtsfriedens eingetreten ist. Mit der Strafe soll in erster Linie die Betätigung des verbrecherischen Willens geahndet werden; weit weniger erheblich ist es dagegen, ob der Versuch „eine Störung des Rechtsfriedens hat in Erscheinung treten lassen". Hat der Täter bereits begonnen, seinen Entschluß in die Tat umzusetzen, so kann er auch durch sein späteres Verhalten nicht bewirken, daß das vorangegangene Tun den Charakter eines Versuchs verliert.

Während in den bisher erwähten Theorien die Auffassung vertreten wird, es läge tatbestandsmäßig kein Versuch mehr vor, wenn der Täter freiwillig von der Vollendung des Verbrechens absteht, glaubte Binding[16]) den Nachweis führen zu können, daß der Handlung das Deliktsmerkmal der R e c h t s w i d r i g k e i t fehle. Er führt aus, die ursprünglich entstandene Strafbarkeit könne durch nachträgliche Wiederaufhebung der Rechtswidrigkeit getilgt werden. Das Verhalten des Handelnden bilde in bezug auf einen eingetretenen oder nicht eingetretenen juristisch bedeutsamen Erfolg eine Einheit; wer erst beginne ein Delikt zu verwirklichen, könne paralysieren, was er an Bedingungen zum Erfolg geschaffen habe, sodaß er seinen Nichteintritt bewirke. Die rechts-

15) VDAT. V. S. 267.
16) Ger.S. 68/23.

widrigen Partikel würden wieder ausgestoßen; das Verhalten als Ganzes sei kein rechtswidriges mehr.

Binding geht von der unbewiesenen und unbegründeten Behauptung aus, das Verhalten des Täters könne nur als „Ganzes" juristisch bewertet werden. Ferner gibt er keinen näheren Aufschluß darüber, wie sich die von ihm behauptete Paralysierung der ursprünglich vorhandenen Strafbarkeit vollziehen soll. — Daß Binding seine Ansicht auf eine unbewiesene und willkürliche Behauptung stützt, tritt besonders auffällig in Erscheinung, wenn er anfangs ausführt, eine „atomistische Betrachtungsweise" sei „juristisch ganz unerträglich", später aber selbst sagt, sofern der Rücktritt nicht freiwillig erfolge, erkläre das Gesetz (?), daß es in diesem Falle gehindert sei, das Verhalten als Ganzes zu betrachten.

Von der Erkenntnis ausgehend, daß das Wesen des freiwilligen Rücktritts in der W i l l e n s änderung des Täters liegt, kommen verschiedene Lehrmeinungen zu dem Ergebnis, daß eine Rechtfertigung der Straflosigkeit auf dogmatischem Wege sich nur aus der subjektiven Tatseite ergeben könne.

Die von Zachariae[17]) begründete „Annullierungstheorie"[18]) geht davon aus, daß zur Strafbarkeit des Versuchs teils eine äußere, dem Gesetz widersprechende Tätigkeit, teils und hauptsächlich der auf Übertretung des Strafgesetzes gerichtete böse Wille erforderlich sei. Die Strafbarkeit müsse notwendig getilgt werden, sobald das eine oder andere dieser Merkmale nach rückwärts annulliert werde. Die Tätigkeit selbst könne nicht ungeschehen gemacht werden, der Wille aber nur dann nicht, wenn das Ziel bereits erreicht sei. Bleibe jedoch der Handelnde mitten auf der betretenen Bahn stehen und gebe er den Willen auf, der sein Handeln bisher geleitet habe, so werde der vorhanden gewesene Wille rückwärts bedeutungslos.

Auch diese Ausführungen können nicht überzeugen; es ist nicht einzusehen, warum Handlung und Wille verschieden beurteilt werden sollen. Es wäre eine reine Fiktion, wollte man den einmal betätigten Willen als nicht mehr vorhanden ansehen, nachdem er in seiner Existenz wie in seinen Äußerungen bereits der Vergangenheit angehört hat, sodaß er durch menschliches Verhalten nicht mehr annulliert werden kann.

Neben dieser Theorie gibt Zachariae noch einen weiteren Grund für die Straffreiheit in seiner „Infirmitätstheorie"[19]) an. Er führt aus, es sei nur dann nötig, die Strafe als Repressivmittel zur Anwendung zu bringen, wenn der böse Wille ein beharrlicher sei, denn nur ein solcher könne gefährlich genannt werden. Wer freiwillig von der Vollendung abstehe, zeige, daß er keinen festen und beharrlichen bösen Willen

17) a. a. O. S. 240 ff.; vgl. auch v. Buri G.S. 21/199; Hälschner Lb. S. 360; Köstlin, System, S. 226, 238.

18) Von Herzog a. a. O. S. 152 so bezeichnet.

19) a. a. O. S. 241.

gehabt habe, sondern nur augenblicklich dem sinnlichen Antrieb gefolgt sei. Die Einsicht von der Notwendigkeit des rechtlichen Handelns habe in ihm die Oberhand behalten.

Auch diese Ansicht geht von einer ähnlich falschen Voraussetzung aus, wie die Präsumtionstheorie. Es ergibt sich weder aus dem Gesetz, daß eine „Vollendungspotenz" oder ein „beharrlicher böser Wille" erforderlich ist, noch läßt sich diese Auffassung aus sonstigen Überlegungen rechtfertigen. Der entscheidende Fehler dieser Theorie liegt in einer Verkennung der psychologischen Vorgänge. Ob ein Delikt zur Vollendung gelangt, hängt nicht nur von der ursprünglich vorhandenen Intensität des auf die Vollendung gerichteten Willens ab. In erster Linie wird das spätere Verhalten beeinflußt durch neue Vorstellungen und die sich hieraus ergebenden Hemmungen oder konträr gerichteten Willensimpulse. Wenn der Täter im Verlaufe der Handlung sich zur Umkehr entschließt, dürfte es in der Regel auf Grund solcher innerer oder äußerer Umstände geschehen, die bei Beginn der Handlung weder vorhanden noch voraussehbar waren. Die ursprünglich vorhandene „Vollendungspotenz" oder der „beharrliche böse Wille" hätten jedenfalls als solche zur Vollendung geführt, was schon daraus zu schließen ist, daß der Täter das Verbrechen mit Vollendungsvorsatz begonnen hat.

Die Versuche, auf dogmatischem Wege eine Begründung für die Straflosigkeit zu geben, können nicht überzeugen. Die angeführten „Rechtstheorien" verkennen fast ausschließlich[20]), daß ohne Rücksicht auf die Gefährlichkeit der Handlung oder die Intensität des verbrecherischen Willens zunächst einmal ein strafwürdiger Versuch schon dann vorliegt, wenn der Täter mit Vollendungsvorsatz mit dem tatbestandsmäßigen Handeln begonnen hat. Sie pflegen von dem Ergebnis — daß Straflosigkeit eintreten müsse — auszugehen und unterstellen dem Gesetzgeber Motive, die für ihn nicht maßgebend waren, oder sie lassen dem freiwilligen Rücktritt Wirkungen tatsächlicher Art zukommen, für die keine überzeugende Erklärung gegeben wird und auch nicht gegeben werden kann.

III.

Während in neuerer Zeit die Zahl der Schriftsteller, die eine Straflosigkeit beim freiwilligen Rücktritt auf rechtsdogmatischem Wege rechtfertigen wollen, gering geworden ist, werden heute von der Mehrzahl der Lehrmeinungen wie von der Rechtsprechung rechtspolitische Gesichtspunkte als entscheidende Argumente für die Straffreiheit angeführt[21]).

20) Bindig a. a. O. S. 23 ff. erkennt zwar die ursprünglich entstandene Strafbarkeit des Versuchs an; nach seiner Ansicht soll durch einen freiwilligen Rücktritt die Rechtswidrigkeit rückwirkend beseitigt werden.

21) Aus kriminalpolitischen Erwägungen rechtfertigen die Straflosigkeit: Allf. Lb. S. 201 ff.; Finger Lb. S. 318; v. Liszt Lb. 305; Merkel Lb. S. 315; Olshausen

Als Vertreter einer kriminalpolitischen Theorie ist an erster Stelle Feuerbach zu nennen, der in seiner Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes[22]) ausführt, es genüge nicht, daß der Versuch gelinder bestraft werde als die Vollendung; der Staat müsse unter gewissen Voraussetzungen auf eine Strafdrohung völlig verzichten, wenn er nicht, um den Versuch zu verhüten, das Verbrechen fördern wolle. Sei ein Täter entschlossen, aus Furcht vor Strafe oder aus einer Regung des Mitleids oder anderen inneren Gründen vom Weg des Unrechts zu dem Weg der Gerechtigkeit zurückzukehren und der Staat lasse ihn die schon unternommene Tat nicht ungestraft bereuen, so nötige er ihn damit, das Verbrechen zu vollenden. Der Unglückliche, der sich zum Beginn eines Verbrechens habe fortreißen lassen, wisse ja sonst, daß er durch Reue nichts Großes mehr zu gewinnen und durch die Vollendung der Tat nichts Bedeutendes mehr zu verlieren habe. — Ähnlich sagt Berner[23]): „Schneidet man dem Täter den Rückweg zur Straflosigkeit ab, so treibt man ihn dazu, auf dem Weg der Vollendung des Verbrechens vorwärts zu gehen. Läßt man dagegen den freiwillig aufgegebenen Versuch straffrei, so muntert man den Verbrecher bis zum letzten Augenblick auf, seiner verbrecherischen Absicht zu entsagen." Das Gesetz soll dem Täter mit dem Versprechen der Straffreiheit eine „goldne Brücke zum Rückzug bauen"[24]). Zwei Erwägungen sind es also, die nach der kriminalpolitischen Theorie für die Straflosigkeit sprechen sollen:

1. Der Täter, der aus inneren Gründen zum Rücktritt entschlossen ist, könne sich doch noch entschließen, das Delikt zu vollenden, wenn er wegen des bereits vorliegenden Handelns bestraft werde;
2. das Versprechen der Straffreiheit selbst könne den Täter veranlassen, von dem Versuch zurückzutreten.

Diese Ausführungen mögen theoretisch überzeugend erscheinen, praktisch wird jedoch eine Wirkung, wie sie sich aus dem Versprechen der Straflosigkeit ergeben soll, kaum je eintreten. — Sieht man vorerst von den übrigen Bedenken ab, so spricht schon gegen diese Ansicht die Erwägung, daß auch ein teilweiser Straferlaß geeignet sein könnte, den Täter von einer Fortsetzung der Handlung abzuhalten. Es soll allerdings nicht verkannt werden, daß theoretisch die Wirkung größer sein muß, wenn vollkommener Straferlaß versprochen wird. Psychologisch falsch erscheint es jedoch, wenn man annimmt, der Täter werde durch die mit dem Versuch bereits verwirkte Strafe zur Vollendung getrieben. Hat der Täter aus Reue oder anderen sittlichen Motiven die Tat aufgegeben, so wird sein natürliches Rechtsgefühl ihm sagen, daß seine Handlung eine

§ 48/II. RG. 6/341; 14/23; 38/403; 47/360; daneben lassen rechtsdogmatische Gründe gelten: Zachariae II. S. 274; Berner, Gutachten, S. 138; Hälschner a. a. O. S. 361; Frank VDAT. V. S. 240, 267.

22) Teil II, Alg. 1804, S. 103 ff.

23) a. a. O. § 79; ebenso Finger Lb. § 63 I.

24) v. Liszt a. a. O. § 48 I.

mildere Beurteilung finden wird. Ebenso wird ihm aber auch zum Bewußtsein kommen, daß er eine höhere Bestrafung zu erwarten hat, wenn er die verbrecherische Tätigkeit wieder aufnimmt, und diese Überlegung wird ihn davon abhalten, den Entschluß zur Vollendung des Deliktes ein zweites Mal zu fassen. Ganz besonders muß diese Erwägung für den Fall zutreffen, daß der Täter aus Furcht vor Strafe zurücktritt, denn in diesem Falle muß die Aussicht auf eine höhere Strafe besonders abschreckend wirken.

Unzutreffend erscheint allerdings das von Geyer[25]) angeführte Bedenken, das Versprechen der Straflosigkeit könne ebensogut eine die Vollendung fördernde Wirkung ausüben, da der Täter viel eher mit dem tatbestandsmäßigen Handeln beginnen werde, wenn er wisse, daß er sich bis zur Vollendung durch einen Rücktritt noch Straflosigkeit verschaffen könne. — Diese Ansicht verkennt die psychologische Situation, in der sich der Täter zu Beginn des Verbrechens gewöhnlich befindet. Hat der Täter den Vorsatz gefaßt, ein Delikt zu verwirklichen, so ist die Aussicht auf Erreichung des bezweckten Erfolges die bewegende Kraft. Die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts wird ihm in diesem Augenblick fernliegen. Schwankt der Täter, ob er das Delikt begehen soll, so wird er kaum beginnen, bevor er endgültig entschlossen ist.

Die entscheidende Erwägung, die gegen die kriminalpolitische Theorie spricht, ist in ihrer Überschätzung der präventiven Wirkung des § 46 StrGB. zu sehen. Bei einem gewissen Kreis Rechtskundiger wird zwar eine Neigung vorhanden sein, sich vor dem Handeln zu vergewissern, was erlaubt und war unerlaubt ist. Die Gefahr, mit dem Gesetz in Konflikt zu kommen, wird häufig einen Anreiz bilden, daß sich der eine oder andere über den Inhalt von Strafbestimmungen unterrichtet. Insbesondere wird aber ein natürliches Rechtsgefühl dem Laien behilflich sein, Recht von Unrecht zu unterscheiden. Ein weit geringeres Interesse dürfte aber dafür bestehen, wie sich jemand, der bewußt den Weg des Verbrechens betreten hat, wieder Straflosigkeit verschaffen kann, denn ein derartiges Interesse setzt in der Regel bei einem Laien voraus, daß für ihn die Möglichkeit, selbst zum Rechtsbrecher zu werden, nicht allzu fern liegt. — Auch für den erfahrenen Gewohnheitsverbrecher, der sehr oft über eine überraschende Rechtskenntnis verfügt, erscheint diese Theorie nicht gerechtfertigt, denn wenn er erst von neuem der Versuchung erlegen ist, wird ihn auch das Versprechen der Straflosigkeit nicht mehr zum Rücktritt bewegen. Die kriminalpolitische Theorie könnte nur für den Täter Bedeutung haben, dem die Bestimmung des § 46 bekannt ist und dem sie während seiner Versuchshandlung motivierend zum Bewußtsein kommt. Diese Voraussetzungen treffen jedoch nur für einen kleinen Kreis von Tätern zu. — Im übrigen wird nor-

25) Holtzend. Rechtsenc. S. 679; ebenso Schütze Lb. S. 141 und Baumgarten S. 479.

malerweise das Wissen um die Wirkungen eines freiwilligen Rücktritts durch das Rechtsgefühl ersetzt, und insoweit bedarf es keiner kriminalpolitischen Theorie mehr, wenn schon die Gerechtigkeit eine Vergünstigung verlangt, die diesem Rechtsgefühl entspricht[26]).

Schon die angeführten Erwägungen dürften hinreichend beweisen, daß die kriminalpolitische Theorie keine überzeugende Begründung für eine Straflosigkeit bei freiwilligem Rücktritt des Täters geben kann. Selbst wenn in einem seltenen Falle einmal durch das Versprechen der Straflosigkeit die Vollendung eines Deliktes verhindert werden könnte, ginge es nicht an, deswegen in allen übrigen Fällen auf eine Bestrafung zu verzichten, wenn die Gerechtigkeit eine Bestrafung forderte. — Ein weiteres Bedenken, durch das diese Theorie vollkommen ihre Berechtigung verliert, ergibt sich aus der Erwägung, daß sehr häufig mit dem Versuch ein anderes vollendetes Delikt konkurriert, sodaß der Täter trotz des Rücktritts bestraft wird. Daß der Laie, selbst wenn er die grundsätzlich strafbefreiende Wirkung des Rücktritts kennen würde, auch über die möglichen Deliktskonkurrenzen unterrichtet sein soll, wird wohl niemand ernstlich behaupten wollen. Damit bedarf es aber keiner weiteren Ausführungen, um die Unhaltbarkeit der kriminalpolitischen Theorie nachzuweisen.

IV.

Schon die Ausführungen zu den Rechtsgrundtheorien lassen erkennen, daß die freiwillige Umkehr des Täters nicht unbeachtet bleiben kann, und daß unter dem Gesichtspunkt einer belohnenden Vergeltung eine weitgehende Vergünstigung angebracht erscheint. Es könnten zwar beim Fehlen einer gesetzlich geregelten Strafvergünstigung im Einzelfalle Härten vermieden werden, wenn der Richter bei einem freiwilligen Rücktritt des Täters die nach dem gesetzlichen Strafrahmen zulässige Mindeststrafe aussprechen würde. Es wäre jedoch unzweckmäßig, es dem Richter zu überlassen, ob und inwieweit er dem freiwilligen Rücktritt des Täters bei der Strafzumessung Bedeutung beimessen will. Eine gesetzliche Regelung über Art und Umfang einer Strafvergünstigung erscheint schon im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung dringend geboten.

Die Verschiedenartigkeit der Gesichtspunkte, die bei einer aus Billigkeitsgründen zu gewährenden Belohnung zu beachten sind, lassen problematisch erscheinen, ob nur Strafmilderung oder Straflosigkeit im Falle des freiwilligen Rücktritts eintreten soll. Einerseits ist zu berücksichtigen, daß das Maß der Strafwürdigkeit einer Handlung, die sich noch im Stadium des Versuchs befindet, davon abhängt, wie weit der

26) Vgl. hierzu Freisler a. a. O. S. 37; er führt aus, durch das reichlich theoretische und lebensfremde Argument, man müsse einen Anreiz zum Rücktritt schaffen, lasse sich ein Anspruch auf Straflosigkeit nicht rechtfertigen; vgl. auch Frank VDAT. V. S. 242.

Täter auf dem Weg zur Vollendung fortgeschritten ist, denn ein Verhalten erscheint umso strafwürdiger, je mehr es sich der Vollendung nähert, da sich mit dem Fortschreiten der Tatseite die Energie und Wirksamkeit des Willens festigt, womit auch eine größere Gefahr für das bedrohte Rechtsgut entsteht[27]). Ferner hängt die Strafwürdigkeit einer Versuchshandlung auch von der Schwere des beabsichtigten Verbrechens ab. — Auf der anderen Seite muß aber — absolut gesehen — die belohnende Vergeltung größer sein, wenn der Täter noch unmittelbar vor dem Erfolg freiwillig von der Vollendung absteht, da hier eine größere Energie zur Überwindung der verbrecherischen Triebe erforderlich ist. Schließlich darf nicht übersehen werden, daß die Motive, aus denen der Täter sich zum Rücktritt entschließt, verschieden bewertet werden müssen. So wird der Täter, der aus Furcht vor Strafe zurücktritt, nicht die gleiche Belohnung erwarten können wie ein anderer, der sich aus Reue oder Mitleid zur Umkehr entschließt. Berücksichtigt man aber, daß in vielen Fällen eine Störung des Rechtsfriedens überhaupt nicht eingetreten ist und die Forderung der belohnenden Gerechtigkeit gegenüber dem Strafbedürfnis überwiegt, so erscheint weder nach den absoluten noch nach den relativen Straftheorien eine Bestrafung gerechtfertigt. — Es darf damit aber nicht übersehen werden, daß in vielen Fällen der Gerechtigkeit auch dann schon voll Genüge getan ist, wenn der Täter beim freiwilligen Rücktritt nur milder bestraft wird. Handelt es sich um den Versuch eines besonders verwerflichen Verbrechens und hat sich der Täter lediglich aus Furcht vor Strafe zum Rücktritt entschlossen, so wird eine Bestrafung, die gegenüber der Versuchsstrafe nochmals ermäßigt ist, im Interesse der Gerechtigkeit und der Abschreckung angebracht sein.

Aber auch diese, für das zukünftige Strafrecht vorgesehene Regelung, die dem Richter die Wahl zwischen Strafmilderung und Straflosigkeit läßt, ist nicht ohne Nachteile: Wird schon von bedeutenden Wissenschaftlern die Auffassung vertreten, jede mildere Beurteilung bei freiwilligem Rücktritt des Täters lasse sich nicht rechtfertigen, während andere dagegen völlige Straflosigkeit fordern, so liegt es nahe, daß auch in der Praxis bei ähnlich gelagerten Fällen der eine Täter nach einer solchen Regelung straflos ausgehen könnte, während der andere empfindlich bestraft würde.

Diese Gefahr einer Rechtsunsicherheit dürfte jedoch nicht so groß sein, daß nun etwa grundsätzlich nur Straffreiheit oder nur Strafmilderung in bestimmten Grenzen gewährt werden könnte. Die Schwere des versuchten Verbrechens, das Stadium, zu dem die Handlung gediehen ist, und die Verschiedenartigkeit der Motive, die den Täter zum Beginn der Tat und später zum Rücktritt veranlaßt haben, erfordern unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit eine Regelung, die sowohl Straflosigkeit

27) H. Mayer, Das Strafrt. d. Dt. Volkes, S. 320.

wie Strafmilderung zuläßt. —Wollte man jedoch eine Regelung treffen, die nicht nur der Forderung nach einer gerechten Lösung entspricht, sondern auch in weiterem Maße eine einheitliche Rechtsprechung gewährleistet, so müßte man den Kreis der Fälle, in denen Straflosigkeit gewährt werden soll, durch andere Kriterien bestimmen als lediglich die Freiwilligkeit des Rücktritts. Daß es aber unzweckmäßig ist, die Straflosigkeit etwa von dem sittlichen Wert der Motive abhängig zu machen, ist hinreichend durch die historische Entwicklung dieser Institution bewiesen[28]).

Es ließe sich schließlich gegen eine Strafvergünstigung bei freiwilligem Rücktritt auch andererseits einwenden, die Billigkeit spreche ebensogut für den Täter, der (etwa noch bei geringer Schuld) den Schaden nach Vollendung des Delikts sofort wieder ausgleiche. Diese Argumentation erscheint jedoch verfehlt: Hat der Täter den Erfolg bereits herbeigeführt, so verdient die spätere Reue nicht mehr die gleiche Belohnung, da der Täter sich nicht davon abhalten ließ, den Rechtsbruch endgültig zu verwirklichen. Ein „wieder gut machen" nach Vollendung ist anders zu bewerten als ein freiwilliges „nicht vollenden". — Ferner ist zu berücksichtigen, daß der Täter nach Vollendung des Deliktes auch besser gestellt wäre als vorher, da er nun nach Erreichung des Zieles die Gesamtsituation nach rückwärts überschauen und sich je nach der Zweckmäßigkeit für das eine oder andere entscheiden könnte[29]).

---

28) Auf Näheres kann im Text nicht eingegangen werden; es sei an dieser Stelle nur darauf hingewiesen, daß ältere Gesetze auf sittliche Motive abstellten; so z. B. das Bayr. StrGB. Art. 58; Oldenbg. StrGB. Art. 46; Hess. StrGB. Art. 69 (Gewissensregung, Mitleid oder Reue). Diese Regelung erwies sich jedoch nicht als zweckmäßig, da eine Abgrenzung zwischen „Mitleid oder Reue" und anderen Motiven sehr unsicher ist; ferner wird man dem Täter auch kaum nachweisen können, daß er aus anderen Motiven gehandelt hat.

29) Vgl. Krauthammer a. a. O. S. 15.

C. Der qualifizierte Versuch.

I. Terminologie.

Der Begriff „qualifizierter Versuch" taucht zum ersten Male bei Feuerbach[1]) ohne äußeren oder systematischen Zusammenhang mit der Rücktrittslehre auf. Er sagt :„Ist die Handlung, welche den Versuch zu einem anderen Verbrechen ausmacht, selbst schon ein benanntes Verbrechen (qualifizierter Versuch), so treten die Grundsätze von konkurrierenden Verbrechen ein und es wird auf die ordentliche Strafe des vollendeten Verbrechens mit Schärfung erkannt"[2]). — Mit diesem Satz beginnt ein wissenschaftlicher Streit, der bis heute nicht abgeschlossen ist.

Der von Feuerbach eingeführte Begriff findet zunächst Verwendung in dem von ihm unmittelbar beeinflußten bayr. StrGB. von 1813 Art. 13 und dem gleichlautenden Art. 51 des oldenburgischen StrGB. von 1814. — Nach beiden Gesetzen soll jedoch entgegen der von Feuerbach vertretenen Ansicht auf die Strafe des Versuchs mit Schärfung erkannt werden. In späteren Gesetzen[3]) werden die Regeln der Idealkonkurrenz für anwendbar erklärt, d. h. die Strafe wird aus dem Gesetz entnommen, das die schwerste Strafe androht. Auch § 60 des Entwurfes eines preußischen StrGB. aus dem Jahre 1843 sah eine ausdrückliche Regelung vor und läßt die Regeln der Konkurrenzen zur Anwendung gelangen[4]). — Später wurde der Begriff des qualifizierten Versuches in der Strafrechtswissenschaft vielfach im Zusammenhang mit dem freiwilligen Rücktritt verwendet. Einhelligkeit über die Definition dieser Bezeichnung hat in der Wissenschaft nie bestanden. Im wesentlichen lassen sich in der Strafrechtsliteratur der letzten Jahrzehnte vier Begriffsbestimmungen unterscheiden:

Nach der einen Ansicht soll nur dann ein qualifizierter Versuch vorliegen, wenn das versuchte und das vollendete Delikt in Idealkonkurrenz

1) Lb. 2. Alg. § 111 c.

2) Die Bezeichnung „qualifizierter Versuch" läßt vermuten, Feuerbach habe sagen wollen, die Versuchsstrafe sei zu verschärfen. So haben auch Gerlach S. 40 und Stolze S. 5 dem späteren Bearbeiter des Lehrbuches eine Entstellung des Originaltextes vorgeworfen. Nachdem aber schon in der 2. Alg. des Lehrbuches, die von Feuerbach allein bearbeitet ist, dieser Satz den gleichen Wortlaut hat, muß angenommen werden, daß er auch ursprünglich so lautete.

3) Krim.Ges. v. Hannover von 1840, Art. 39; ähnlich Art. 70 des StrGB. von Hessen-Darmstadt von 1841.

4) Goltdammer, Materialien I. S. 449.

stehen, unabhängig davon, ob der Täter von dem versuchten Delikt freiwillig zurückgetreten ist[5]).

Eine zweite Ansicht verwendet den Begriff, ohne die Art der Konkurrenz zu berücksichtigen[6]).

Eine weitere Meinung bedient sich dieser Bezeichnung nur dann, wenn zwischen beiden Delikten Gesetzeskonkurrenz besteht und der Täter von dem Versuch zurücktritt[7]).

Eine letzte Ansicht wendet den Begriff an, wenn eine versuchte Straftat nach § 46 durch Rücktritt straflos wird, der Täter aber gleichzeitig durch seine Versuchshandlung noch sämtliche Tatbestandsmerkmale eines anderen Deliktes erfüllt hat, ohne Rücksicht auf die Art der Konkurrenz[8]).

Dieser letzten Begriffsbestimmung bedient sich heute die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller. Auch in dieser Untersuchung soll die Bezeichnung „qualifizierter Versuch" in diesem letzten Sinne verwendet werden, denn ein Bedürfnis für eine besondere Bezeichnung dürfte für die übrigen Fälle heute kaum noch bestehen, nachdem sich die Streitfragen auf das mit der letzten Definition umschriebene, enge Gebiet konzentriert haben.

Es soll nicht verkannt werden, daß die Bezeichnung „qualifizierter Versuch" mißverständlich und irreführend ist, da der Ausdruck „qualifiziert" in der Strafrechtswissenschaft regelmäßig in anderem Sinne verwendet wird. Es wurde daher wiederholt die Forderung laut, man solle diese Bezeichnung vollkommen aufgeben[9]). Auch wurde vorgeschlagen, den Begriff durch eine andere Terminologie zu ersetzen. Stolze glaubt, daß der Ausdruck „Rücktrittsvollendung" treffender sei[10]). Schlecht möchte die Bezeichnung „Deliktdarstellender Versuch" einführen[11]). — Die angeführten Vorschläge dürften jedoch kaum geeignet sein, größere Klarheit zu schaffen, da sie weder treffender erscheinen noch den Vorzug prägnanter Kürze aufweisen können. Sie haben bisher in der Strafrechtsliteratur auch keine Anerkennung gefunden.

II. Wann bleibt das im Versuch enthaltene vollendete Delikt straflos?

1.

Nach § 46 StrGB. bleibt, wenn der Täter freiwillig zurücktritt, der „Versuch als solcher" straflos. Das Gesetz führt nicht näher aus, daß ein im Versuch enthaltenes vollendetes Delikt strafbar bleibt. Wie je-

5) Berner Lb. S. 152; Hälschner I 363/4; Heimberger § 38.
6) Schlecht S. 832; Hatzig S. 40; Baumgarten S. 351.
7) Stolze S. 7.
8) Allfeld Lb. S. 201; Frank Komm. § 46 IV; v. Liszt-Schmidt § 48 IV/2· Mezger S. 407; Wachenfeld Lb. S. 186.
9) Bauer Lb. § 72 Anm. a; Hepp Lb. S. 368; Berner Lb. § 81 S. 153.
10) Stolze S. 49.
11) Schlecht S. 836.

doch heute allgemein anerkannt wird, kann der Wortlaut des § 46 nur so verstanden werden, daß die Straflosigkeit sich lediglich auf den Versuch beschränken soll, sodaß für ein im Versuch enthaltenes vollendetes Delikt Bestrafung eintritt. Damit sind aber keineswegs alle Streitfragen auf diesem Gebiet gelöst. Gerade an die Frage, wann nun in der Versuchshandlung ein zweites vollendetes Delikt enthalten ist, knüpft ein wissenschaftlicher Streit an, der die überraschendsten Rechtsanschauungen zutage hat treten lassen.

Nach der einen Ansicht soll bei freiwilligem Rücktritt des Täters nur dann Bestrafung wegen des vollendeten Deliktes eintreten, wenn zwischen Versuch und Vollendung Idealkonkurrenz besteht[12]) (z. B. versuchter Betrug und vollendete Urkundenfälschung). — Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller vertritt dagegen die Auffassung, daß eine Bestrafung grundsätzlich, d. h. ohne Rücksicht darauf erfolgen müsse, ob die beiden Delikte in Idealkonkurrenz oder Gesetzeskonkurrenz stehen[13]) (z. B. bei versuchtem Einbruchsdiebstahl und vollendetem Hausfriedensbruch).

Eine Kontroverse von ganz besonderer Bedeutung hat sich nun aus der weiteren Frage ergeben, ob der Täter in jedem Einzelfalle das an sich tatbestandsmäßig vollendete Delikt stets auch mit dem erforderlichen Vorsatz begangen hat. Häufig erörtert wird in diesem Zusammenhange der Fall, daß der Täter, der vom Mordversuch zurücktritt, die im Versuch enthaltene Körperverletzung als Enderfolg nicht gewollt hat (z. B. Rücktritt von einer versuchten Tötung auf Verlangen nach vollendeter Körperverletzung).

Weitgehend umstritten ist ferner die Frage, ob bei einem freiwilligen Rücktritt vom Versuch auch eine im Versuch enthaltene strafbare Vorbereitungshandlung straflos wird. Im Schrifttum wie in der Rechtsprechung wird häufig die Ansicht vertreten, mit dem Rücktritt des Täters erhalte die durch den Versuch absorbierte Vorbereitungshandlung ihre selbständige Bedeutung zurück. Eine andere Ansicht unterscheidet zwischen unselbständigen Vorbereitungshandlungen und selbständigen Vorbereitungshandlungen (delicta sui generis) und läßt nur bei jenen durch Anwendung des § 46 per argumentum a maiori ad minus Straflosigkeit in vollem Umfange eintreten (z. B. Rücktritt von versuchter Münzfälschung, nachdem bereits der Tatbestand des § 151 StrGB. erfüllt ist).

2. Die Bedeutung der Konkurrenzen für den qualifizierten Versuch.

a) Eine Beantwortung der Frage, ob beim qualifizierten Versuch wegen des vollendeten Verbrechens nur dann eine Bestrafung erfolgen

12) Berner S. 157; Hatzig S. 40; Olshausen § 46 Anm. 9; RG. Str. 15/12.
13) Frank § 46 IV; Baumgarten S. 457; Allfeld S. 201; Schlecht S. 863 ff.; Finger 1/323.

kann, wenn es mit dem versuchten in Idealkonkurrenz steht, oder ob es grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Art der Konkurrenz zu bestrafen ist, kann sich nur aus dem Wesen und dem Zweck einer Deliktskonkurrenz ergeben. — Sowohl die Vertreter der ersten wie jene der zweiten Ansicht definieren in Übereinstimmung mit der weitaus herrschenden und richtigen Meinung den Unterschied zwischen Tateinheit i. S. des § 73 und Gesetzeskonkurrenz in folgender Weise: Bildet das vollendete Delikt das gewöhnliche oder notwendige Mittel zur Begehung des versuchten Verbrechens, so liegt Gesetzeskonkurrenz vor; das vollendete Delikt ist also lediglich ein notwendiger Durchgangspunkt auf dem Weg zu dem erstrebten Enderfolg (z. B. Körperverletzung zum Zwecke der Tötung; Sachbeschädigung im Zusammenhang mit Einbruchsdiebstahl). — Dagegen ist stets Idealkonkurrenz anzunehmen, wenn das vollendete Delikt ein willkürlich oder zufällig gewähltes Mittel zur Erreichung des mit dem versuchten Delikt verfolgten Zweckes darstellt (z. B. versuchter Betrug nebst vollendeter Urkundenfälschung oder Brandstiftung zum Zwecke der Tötung)[14]).

Eine Anzahl jener Schriftsteller, die für die Unterscheidung von Tateinheit i. S. des § 73 StrGB. und Gesetzeskonkurrenz objektive Gesichtspunkte maßgebend sein lassen, vertreten nun die Auffassung, daß überhaupt nur dann zwei Gesetze verletzt seien und damit eine Konkurrenz von Delikten vorliege, wenn das Sekundärdelikt ein willkürlich gewähltes Mittel zur Erreichung des beabsichtigten Enderfolges darstelle. Trete der Täter nun vom Versuch zurück, so bleibe „der Versuch als solcher" straflos, nicht aber das idealiter konkurrierende vollendete Delikt. Stehe aber das versuchte mit dem vollendeten Delikt in „scheinbarer" Gesetzeskonkurrenz, so werde das Sekundärdelikt durch den Versuch absorbiert. Wenn wegen des Rücktritts hinsichtlich des Versuchs dann Straflosigkeit eintrete, könne keine vollendete Rechtsverletzung mehr vorliegen. Infolge der Konsumtion sei überhaupt nur ein Gesetz verletzt worden, sodaß nach der Aufhebung der Strafbarkeit wegen dieses Verstoßes nichts mehr übrig bleibe, weswegen eine Bestrafung erfolgen könne[15]).

---

14) Vgl. Lobe-Eberm. Komm. S. 34; Schlecht S. 848; RG. 58/2; Wächter nimmt Gesetzeskonkurrenz an, wenn das vollendete Delikt einen „integrierenden Bestandteil" des versuchten darstellt (S. 201, a, b.); Mayer-Allf. sagt ähnlich: „Bildet das vollendete Delikt einen wesentlichen Bestandteil des versuchten, so soll nur wegen des versuchten bestraft werden. Stellt es jedoch nur ein zufällig gewähltes Mittel für die Verübung des versuchten Deliktes dar, so liegt auch formell ein Zusammentreffen des versuchten mit dem vollendeten Delikt vor" (S. 179/41, 42); ähnlich Berkmeyer in „Vorlesung" § 22 II, 2. Die geringen Abweichungen der Definitionen untereinander liegen häufig nur im Wortlaut; auf sie einzugehen, erübrigt sich hier.

15) Vgl. Hatzig S. 40: „Bildet aber das vollendete Delikt den notwendigen Durchgangspunkt (den begrifflichen Bestandteil) für das versuchte, liegt also bloß Gesetzeskonkurrenz vor, so kann das vollendete Delikt, welches durch das versuchte konsumiert ist, nicht strafbar sein, weil hier strafrechtlich überhaupt keine Konkurrenz, sondern nur ein Delikt (das versuchte) vorliegt." Ähnlich Berner S. 157; Gerland § 52 I. 2 b.

Nicht in allen Fällen gelangen nun die Vertreter dieser Ansicht zu übereinstimmenden Ergebnissen, da die Auffassungen über die Frage, wann das vollendete Delikt ein „willkürliches Mittel" und wann es einen „notwendigen Durchgangspunkt" darstellt, nicht immer die gleichen sind. So führt Gerland aus, die Strafpflicht bleibe bei einem Zusammentreffen von Einbruchsdiebstahl und Hausfriedensbruch bezüglich des vollendeten Deliktes vom Rücktritt unberührt, da beide Delikte im Verhältnis der Idealkonkurrenz stünden[16]). — Auch das Reichsgericht nimmt in Bd. 15 S. 12 an, daß die Sachbeschädigung nicht als unerläßliches Begriffsmerkmal in dem Tatbestand des Einbruchsdiebstahls enthalten sei, was „in der Tat in der Theorie mehrfach vertreten werde", und gelangt auf Grund dieser Erwägung zu dem Ergebnis, daß sich die Straflosigkeit des Diebstahlsversuches nach § 46 nicht auch auf die mit dem Einbruch zusammentreffende Beschädigung erstrecken könne. Die herrschende Lehre steht dagegen auf dem Standpunkt, daß durch Einbruchsdiebstahl (§ 242/2) der Hausfriedensbruch und die Sachbeschädigung konsumiert werden. Auch das Reichsgericht führt später in Bd. 40 S. 431 im Gegensatz zu seiner früher vertretenen Ansicht — allerdings nicht im Zusammenhang mit der Rücktrittslehre — aus, daß Hausfriedensbruch und Einbruchsdiebstahl nicht in Idealkonkurrenz stünden, da stets Gesetzeskonkurrenz vorliege, wenn wie hier „das eine Delikt zu den gesetzlichen Merkmalen des anderen gehöre und seine Verübung bei Vornahme des anderen Deliktes dem regelmäßigen Verlauf der Dinge entspreche"[17]). — Auch in RG. Bd. 57 S. 294 lassen die angeführten Gründe erkennen, daß bei tätiger Reue i. S. des § 310 a. F. (Löschen des Brandes bevor sich das Feuer ausgebreitet hat) wegen Sachbeschädigung aus § 313 nicht bestraft werden soll, wenn Sachbeschädigung durch Brandstiftung konsumiert würde. Während das Reichsgericht hier Idealkonkurrenz annimmt[18]), vertritt die h. L. die Ansicht, daß Brandstiftung i. S. des § 308 und Sachbeschädigung in Gesetzeskonkurrenz stehen[19]).

Wenn man danach zu dem Ergebnis gelangen wollte, daß bei Konsumtion auch das Sekundärdelikt straflos bleiben müsse, wäre bei der verschiedenen Auffassung über die Definition der Gesetzeskonkurrenz damit zu rechnen, daß auch die Auffassungen, wann nun im Einzelfalle absolute Straffreiheit eintreten soll, weit auseinander gingen. Es liegt für die Ansicht, die je nach der Art der Konkurrenz entscheidet, ob bei freiwilligem Rücktritt Vollstraflosigkeit eintreten soll, insbesondere

16) Gerland a. a. O. § 52 I. 2 b.

17) Vgl. auch Olshausen § 243 N. 63; Frank § 73 VII, 2 c; Lobe § 243 N. 7/4; RG. 53/279.

18) Das Reichsgericht kommt zwar zu dem Ergebnis, daß beide Delikte in Tateinheit stehen und müßte damit zur Strafbarkeit gelangen. Trotzdem läßt es aus Gründen, die später noch zu erwähnen sind, Straflosigkeit eintreten.

19) Lobe zu § 308 N. 9 b; Frank zu § 308 N. V.

die Gefahr nahe, sich im Einzelfalle bei der Definition der Gesetzeskonkurrenz von dem Gedanken leiten zu lassen, ob das Ergebnis beim qualifizierten Versuch der Billigkeit entspricht, wie schon die verschiedene Stellungnahme des Reichsgerichtes in Bd. 15 S. 12 und Bd. 40 S. 430 hinreichend beweist[20]).

Daß die Rücksichtnahme auf das billige Ergebnis bei dieser Auffassung auch dazu verleiten kann, inkonsequent zu werden, beweisen insbesondere die Ausführungen von Hatzig[21]). Während er einerseits die Ansicht vertritt, daß ein vollendetes Delikt, das nur den „notwendigen Durchgangspunkt" für das versuchte bildet, nach dem Rücktritt des Täters straflos bleiben müsse, führt er andererseits als Beispiel für einen Fall der Idealkonkurrenz das Zusammentreffen von Tötungsversuch und vollendeter Körperverletzung an. Gerade in diesem Falle dürfte aber unstreitig auch im Sinne seiner eigenen Definition Gesetzeskonkurrenz anzunehmen sein.

Selbst wenn man auch von der Gefahr einer Unklarheit und einer weitgehenden Verwirrung, die diese Auffassung in der Konkurrenzlehre zur Folge haben muß, absieht, bestehen Bedenken gegen sie, da für die auf formallogischem Wege gefundenen Ergebnisse auch eine innere Rechtfertigung nicht aufgezeigt werden kann, wie später noch eingehend dargelegt wird[22]).

b) Neben der Ansicht, daß für die Unterscheidung von Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit i. S. des § 73 lediglich objektive Gesichtspunkte entscheidend sein sollen, vertreten insbesondere Schwartz und Hälschner die Auffassung, bei einer derartigen Unterscheidung komme es lediglich auf den W i l l e n des Täters an. Nach ihrer Ansicht ist Gesetzeskonkurrenz anzunehmen, wenn der Vorsatz des Sekundärdeliktes in dem weitergehenden Vorsatz des Primärdeliktes enthalten ist, der Täter aber nur dieses letzte Delikt „gewollt" hat[23]). — Dagegen soll stets Idealkonkurrenz vorliegen, wenn es dem Täter auf die Verwirklichung beider Erfolge ankam[24]). Nach dieser Theorie kann also der

20) Auch Frank, der im übrigen die Auffassung vertritt, eine unterschiedliche Behandlung nach der Art der Konkurrenz sei beim qualifizierten Versuch nicht gerechtfertigt, führt zu § 243 II 2 c 4. Abs. aus: „Bei Verneinung der Konsumtion ist es sicher, daß der Täter, der nach dem „Erbrechen" vom Diebstahlsversuch zurücktritt, wegen Sachbeschädigung straflos bleibt. Gleiche Bedenken stehen der h. L. entgegen, wenn sie (in allen Fällen der Nr. 2) Konkurrenz mit Hausfriedensbruch für ausgeschlossen erklärt"; vgl. auch Gerland § 251 2 b.

21) a. a. O. S. 40 ff.

22) Siehe S. 54.

23) Schon hier zeigt sich eine Unklarheit, denn wenn der Täter das Sekundärdelikt vorsätzlich verwirklicht, hat er es auch „gewollt". Die Vertreter dieser Ansicht denken offenbar an „Absicht", wie die Ausführungen von Hälschner (vgl. Anm. 24) zeigen.

24) Schwartz sagt zu § 46: „In dem Fall, wo eine Handlung den Versuch eines bestimmten Deliktes bildet und gleichzeitig in dieser Handlung der Tatbestand eines anderen bereits vollendeten Deliktes enthalten ist, läßt sich zweierlei denken:

Versuch eines Deliktes auch dann idealiter mit einem anderen vollendeten Delikt konkurrieren, wenn das vollendete Delikt einen notnotwendigen Bestandteil des darüber hinausgehenden Versuchs bildet, z. B. Körperverletzung zum Zwecke der Tötung[25]).

Auch das Reichsgericht[26]) nimmt an, daß z. B. versuchte Notzucht (§ 177, 43) und ein vollendetes Verbrechen nach § 176 Nr. 1 in Tateinheit stehen, wenn die angewandten Gewalthandlungen nicht nur der Erzwingung des Geschlechtsverkehrs, sondern auch für sich genommen unmittelbar der Befriedigung der Wollust des Täters dienen sollten.

Dieser subjektiven Ansicht kann nur dann eine praktische Bedeutung zukommen, wenn in objektiver Hinsicht die Voraussetzungen der Konsumtion gegeben sind, der Durchgangserfolg aber ebenfalls motivierende Vorstellung war. Für diesen beschränkten Rahmen kann der subjektiven Theorie eine Berechtigung nicht versagt werden. — Im übrigen muß sie jedoch nicht nur wegen unvermeidlicher Beweisschwierigkeiten, sondern auch aus logischen Gründen abwegig erscheinen: Sofern man überhaupt die Möglichkeit bejaht, daß eine Konsumtion eines an sich vollendeten Deliktes erfolgen kann, so muß eine Konsumtion schon hinsichtlich des objektiven tatbestandsmäßigen Erfolges eintreten, der neben dem Erfolg des zweiten Deliktes bedeutungslos geworden ist. Wird aber ein Delikt schon tatbestandsmäßig absorbiert, so ist es nicht mehr erheblich, ob auch der Vorsatz konsumiert wird.

Die Ausführungen von Schwartz wie von Hälschner lassen im Zusammenhang mit ihrer Einstellung zum qualifizierten Versuch erkennen, daß das Bestehen zweier an sich verwirklichter Delikte nicht geleugnet werden soll, obwohl die Ausdrucksweise von Schwartz an der

---

entweder will der Täter beide Delikte begehen, wenn auch das eine bloß eventuell, wobei ihm das vollendete als Mittel zur Verübung des versuchten dienen soll (z. B. Brandstiftung als Mittel zum Raub); dann liegt Idealkonkurrenz vor, und beide Delikte sind nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Idealkonkurrenz zu bestrafen, oder der Täter hat bloß das unvollendet gebliebene Delikt gewollt . . . dann liegt eine sogenannte „Gesetzeskonkurrenz" durch Konsumtion vor. — Ähnlich sagt Hälschner I. S. 363/4: „Es kann der Fall eintreten, daß der Versuch eines Deliktes den Tatbestand eines anderen vollendeten Deliktes enthält, und zwar entweder in der Weise, daß der Täter zwei verschiedene Delikte zu verüben beabsichtigt, von denen das eine ihm als Mittel zur Verübung des anderen, das nicht vollendet wurde, dienen sollte oder in der Weise, daß die Absicht des Täters auf die Verübung nur eines unvollendet gebliebenen Deliktes gerichtet war, die Versuchshandlung aber bereits eine strafbare beschädigende Wirkung ausübte. Im ersten Falle findet Konkurrenz eines vollendeten und eines versuchten Deliktes statt, und es sind zwei, nach den gesetzlichen Normen über Konkurrenzen zu beurteilende Delikte zu bestrafen. — Im letzten Falle liegt nur ein versuchtes vor, das als solches zu bestrafen ist, und der Umstand, daß die Versuchshandlung bereits einen beschädigenden Erfolg hatte, welcher von der über ihn hinausreichenden Absicht des Täters abgesehen als vollendetes Delikt zu strafen sein würde, kann nur bei der Strafzumessung in Betracht kommen.

25) Oppenhoff § 43 A. 17.

26) Vgl. RG. in „Deutsches Strafrecht" 1938, S. 237.

angeführten Stelle darauf hinzudeuten scheint, als werde die Ansicht vertreten, es sei in gewissen Fällen, in denen der Täter nur das Primärdelikt „gewollt" hat, der subjektive Tatbestand des Sekundärdeliktes nicht erfüllt. — Dem Vorsatz des Sekundärdeliktes soll jedoch nur so lange keine selbständige Bedeutung zukommen, als eine Bestrafung aus dem Tatbestand des Primärdeliktes erfolge, da nur in diesem Falle von einer Konsumtion des Vorsatzes die Rede sein könne. So führt Schwartz aus, daß bei Gesetzeskonkurrenz an sich mit der Strafe für die versuchte Haupttat auch die Strafe für das in ihr enthaltene vollendete Delikt wegfallen müsse, da aber nicht bezweifelt werden könne, daß der Täter auch das Mittel „wolle", wenn er vorsätzlich das durch das Mittel auszuführende Delikt verwirkliche, könne das im Versuch enthaltene vollendete Delikt nicht straffrei bleiben. Von einer Konsumtion könne nicht mehr gesprochen werden, da ja gerade für das weitergehende versuchte Delikt die Strafbarkeit durch den Rücktritt entfalle. Auch Hälschner läßt Bestrafung für das ursprünglich konsumierte Verbrechen eintreten, da wegen des freiwilligen Rücktritts von der weitergehenden Absicht des Täters abzusehen sei. Damit gelangen die Vertreter dieser Ansicht in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre zu dem Ergebnis, daß die Art der Konkurrenz für den qualifizierten Versuch ohne Bedeutung ist.

c) Es ist bei einer eigenen Stellungnahme zu dieser Frage davon auszugehen, daß man nur deswegen in den Fällen einer Gesetzeskonkurrenz nicht von einer Verletzung zweier Gesetze durch eine Handlung i. S. des § 73 StrGB. spricht, weil der Tatbestand des einen Deliktes, der sowohl in objektiver wie in subjektiver Hinsicht erfüllt ist, durch den weitergehenden des zweiten aufgezehrt wird. Ist eine Straftat der notwendige oder gewöhnliche Durchgangspunkt zur Verübung eines anderen Verbrechens und findet der Rechtsbruch mit der Strafe aus diesem Tatbestand stets eine ausreichende Sühne, so hat das geringere Delikt neben der weiterreichenden Strafdrohung des gefährlicheren Verbrechens keine Bedeutung mehr. Aus dieser Voraussetzung folgt aber mit Notwendigkeit, daß nur dann eine Bestrafung aus dem konsumierten Delikt unterbleiben kann, wenn aus dem schwereren bestraft wird. Es beruht auf einer Verkennung der inneren Zusammenhänge, wenn man ausführt, das Sekundärdelikt sei durch den Versuch absorbiert, sodaß das, was nicht mehr vorhanden sei, nicht wieder in Erscheinung treten könne. Soll nach dem Willen des Gesetzes nur „der Versuch als solcher" straflos bleiben, so ist nicht einzusehen, warum ein formell vollendetes Delikt, das lediglich aus den angeführten Gründen nicht als besondere Gesetzesverletzung in Erscheinung tritt, auch dann außer Ansatz bleiben soll, wenn das Primärdelikt überhaupt nicht zur Anwendung kommt. Beling[27]) führt zu dieser Frage treffend aus, es sei nur dann verständlich,

27) Beling, Lehre S. 308/9.

daß aus dem subsidiären Strafgesetz nicht bestraft werde, wenn man annehme, dem Strafbedürfnis sei bereits unter dem Gesichtspunkt des anderen Typus voll Genüge getan. Im Gegensatz zur Idealkonkurrenz übernehme bei der Gesetzeskonkurrenz der Typus des primären Gesetzes nicht nur die Funktion der Strafdrohung des subsidiären Gesetzes auf sich, sondern absorbiere es auch als Typus. Danach sei aber nicht einzusehen, weshalb die Straflosigkeit für den einen Typus Vollstraflosigkeit zur Folge haben solle, da eine solche Stellvertretung nur dann Sinn habe, wenn schon der Typus des primären Strafgesetzes zur Strafe führe. Werde der primäre Tatbestand infolge des Rücktritts vom Versuch durch Strafaufhebung illusorisch, so „trete nun gerade der subsidiäre Tatbestand kraftvoll hervor". Dieser grundsätzlichen Stellungnahme hat sich die Mehrzahl der Schriftsteller angeschlossen, sodaß heute die überwiegend herrschende Meinung den Standpunkt vertritt, daß beim qualifizierten Versuch das Sekundärdelikt stets zu bestrafen ist, ohne Rücksicht auf die Art der Konkurrenz[28]).

Auch das Reichsgericht, das noch in Bd. 15 S. 12 ausführt, beide Fälle müßten verschieden behandelt werden, gibt diesen Standpunkt in einer Entscheidung der vereinigten Strafsenate in Bd. 28 S. 204 ff. auf und vertritt die Auffassung, ein im Versuch enthaltenes vollendetes Delikt sei stets zu bestrafen, da aus der Gesetzeskonkurrenz keine über die Intentionen des Gesetzgebers hinausgehenden Folgerungen gezogen werden könnten.

3. Tötungsvorsatz und Verletzungsvorsatz.

Während die oben angeführte subjektive Theorie annimmt, daß das Sekundärdelikt auch hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes vollendet sei und der Vorsatz nur durch das versuchte erste Delikt aufgezehrt werde, wird von anderer Seite die Ansicht vertreten, es gebe bestimmte Fälle, in denen das tatbestandsmäßig vollendete Delikt nicht mit dem erforderlichen Vorsatz verwirklicht worden sei. Diese Auffassung hat für das Verhältnis der Tötungsdelikte zu den Delikten der Körperverletzung und der Aussetzung besondere Bedeutung gewonnen. Es ist hier insbesondere an folgende Fälle zu denken:

1) Der Täter gibt den Mordversuch auf, nachdem er seinem Opfer bereits körperliche Verletzungen beigebracht hat (212/43—223).

2) Der A beabsichtigt den B auf dessen ernstliches Verlangen hin zu töten, steht aber dann von diesem Vorhaben ab, nachdem er ihn bereits verletzt hat (216/43—223).

3) Der A gibt dem B Gift ein, um ihn zu töten, ruft aber noch rechtzeitig einen Arzt, sodaß B gerettet werden kann (211/212/43—229).

---

28) v. Bar II S. 562; Frank § 46 IV; Köhler S. 459; Mezger S. 407; Olshausen § 46 N. 3 Schlecht S. 829.

4) Die A beabsichtigt ihr Kind zu töten, bringt es zu diesem Zwecke an einen verlassenen Ort und setzt es dort aus. Nach einiger Zeit kehrt sie aber zurück und nimmt das Kind wieder an sich (211/212/43—221).

Bei einem freiwilligen Rücktritt des Täters vom Versuch der Tötung könnte in diesen Fällen nicht aus dem tatbestandsmäßig vollendeten Delikt bestraft werden, wenn der für diese Delikte erforderliche Vorsatz gefehlt hat.

Weit verbreitet ist die Ansicht, es könne bei einem Zusammentreffen von versuchter Tötung und Körperverletzung nur dann eine vorsätzlich begangene Körperverletzung vorliegen, wenn der Täter auch damit einverstanden sei, daß die Handlung nur zu einer Körperverletzung führe. Der Tötungsvorsatz könne zwar den Verletzungsvorsatz in sich schließen, müsse es aber nicht in allen Fällen[29]). Die Vertreter dieser Auffassung gehen von der Erwägung aus, mit der Vorstellung der Verletzung verbinde sich gleichzeitig die Vorstellung und der Wille, über die Verletzung hinaus zur Vernichtung des Lebens zu gelangen. Die Möglichkeit, dieses Ziel nicht zu erreichen, werde dem Täter in der Regel nicht zum Bewußtsein kommen. Soweit er damit rechne, liege es nahe, daß er nach besten Kräften bemüht sein werde, das Mißlingen des beabsichtigten Enderfolges zu verhindern, sodaß er für ausgeschlossen erachte, seine Handlung könne nur zur Körperverletzung führen. Ein Erfolg aber, dessen Eintritt zwar als möglich vorgestellt, jedoch gleichzeitig als durchaus unwahrscheinlich abgelehnt werde, könne nicht zum Vorsatz gerechnet werden. Dagegen müsse man aber immer eine vorsätzliche Körperverletzung annehmen, wenn der Täter auch damit einverstanden war, daß die beabsichtigte Tötung nicht zum Erfolg führen werde und lediglich eine Körperverletzung eintrete[30]).

Diese Ausführungen mögen überzeugend klingen; sie verkennen jedoch das Wesen des Verletzungsvorsatzes und gelangen damit zu falschen Ergebnissen. Wenn eine Handlung zur vollendeten Tötung führt, muß sie erst eine Verletzung der körperlichen Integrität herbeiführen. Die Körperverletzung bildet nun keineswegs nur ein frühes unselbständiges Stadium des Tötungsdeliktes[31]). Das menschliche Leben und die körperliche Unversehrtheit sind als verschiedene eigenwertige Rechtsgüter anzusehen. Dieser Tatsache ist auch in der Systematik unseres Strafgesetzbuches Rechnung getragen. Wenn mit der Körperverletzung das Leben in Gefahr gebracht oder vernichtet wird, so liegt dieser Umstand in dem Wesen der Körperverletzung als Durchgangspunkt. Das schließt aber nicht aus, daß durch die Tötung verschiedene Rechtsgüter und damit verschiedene Gesetze verletzt werden, selbst bei zeitlich kaum unterscheidbarer flüssiger Überleitung[32]). Sind beide Tatbestände (§ 211 und § 223) durch eine einheitliche Handlung verwirklicht worden, so

29) Frank VDAT. V. S. 209; Wachenfeld S. 186.
30) Beling ZStrW. Bd. 18 S. 285; vgl. auch ZStrW. Bd. 24 S. 556.

ist die Körperverletzung lediglich aus prozessualen, praktikablen Gründen als selbständige Rechtsverletzung ohne Bedeutung. — Es kann nun in manchen Fällen sein, daß der Täter ein Tötungsdelikt nicht unternommen hätte, wenn ihm zum Bewußtsein gekommen wäre, daß die Handlung im Enderfolg über eine Körperverletzung nicht hinausgehen würde. Wollte man aber deswegen annehmen, der subjektive Tatbestand der Körperverletzung sei in diesen Fällen nicht erfüllt, so würde man damit als Voraussetzung für den Körperverletzungsvorsatz verlangen, daß der Täter die Verletzung der körperlichen Integrität als Enderfolg gewollt hat oder zumindest auch auf die Gefahr hin gehandelt hat, daß das ursprünglich verfolgte Ziel als Enderfolg nicht erreicht wird und nur eine Körperverletzung übrig bleibt. Nun gehört aber zu den Elementen des Vorsatzes keineswegs die Vorstellung, es werde oder könnte im Endergebnis nur ein Erfolg, hier die Verletzung des geringerwertigen Rechtsgutes, eintreten[33]). — Ist die Körperverletzung als Enderfolg gewollt, so war die Vorstellung der Verletzung Motiv des Handelns, d. h. aber, der Täter hat mit Verletzungsabsicht gehandelt, eine solche ist nach § 223 jedoch nicht erforderlich.

Eine zweite Ansicht verneint grundsätzlich die Möglichkeit, daß im Tötungsversuch eine vollendete Körperverletzung enthalten sein könnte. Eine Körperverletzung, die mit der subjektiven Seite im Hinstreben auf die Tötung begriffen sei, erschöpfe sich rechtlich so vollständig in ihrer Eigenschaft einer dem Versuch einer Tötung oder einem späteren Stadium angehörigen Tötungshandlung, daß kein Raum für die Vorstellung übrig bleibe, es lägen zwei unerlaubte Handlungen vor, von denen die eine die andere konsumiere[34]). Während noch der große Strafsenat in Bd. 28 S. 211 in Anlehnung an frühere Entscheidungen[35]) die Auffassung vertritt, es könne nicht zweifelhaft sein, daß die in Ausführung eines Tötungsversuches herbeigeführte Körperverletzung eines Menschen auch subjektiv den Tatbestand einer Körperverletzung erfülle, da jemand, der den Vorsatz habe, einen Menschen zu töten, auch mit Notwendigkeit den Vorsatz haben müsse, ihn körperlich zu verletzen, nimmt der dritte Senat in Bd. 61 S. 375 den entgegengesetzten Standpunkt ein. — Das Reichsgericht geht in dieser Entscheidung davon aus, eine vorsätzliche, zum Zwecke der Tötung verübte Körperverletzung sei nur unter dem Gesichtspunkt der §§ 211 ff. zu beurteilen. Eine vorsätzliche Gesundheitsschädigung komme deshalb als solche rechtlich nur in Betracht, sofern sie nicht mit dem Tötungswillen erfolge. Der Vorsatz der Körperverletzung schließe damit i. S. des geltenden Strafrechtes den Willen ein, nicht zu töten. Danach könne aber Totschlag und Körper-

31) RG. Bd. 28 S. 203.
32) Vgl. Alberti G.S. 76/256.
33) Vgl. RG. 24/369 und Finger Lb. S. 265.
34) Löffler a. a. O. S. 259.
35) RG. 2/442 und 24/369.

verletzung nicht tateinheitlich zusammentreffen, da der Vorsatz des Täters nicht gleichzeitig darauf gerichtet sein könne, den Verletzten zu töten, und darauf, ihn nicht zu töten, ihn nur gesundheitlich zu schädigen. Unvereinbar sei insbesondere auch der unmittelbare Vorsatz der Körperverletzung mit bedingtem Tötungsvorsatz. Habe der Täter den Willen nicht zu töten, so könne er mit dem Tötungserfolg auch nicht bedingt einverstanden sein. Sei er aber damit einverstanden — bedingter Tötungsvorsatz —, so liege ein als solcher beachtlicher Vorsatz der bloßen Körperverletzung nicht vor.

Das Reichsgericht verläßt also mit dieser Entscheidung den früher vertretenen Standpunkt, daß trotz der Konsumtion die im Tötungsversuch enthaltene vollendete Körperverletzung sowohl in objektiver wie in subjektiver Hinsicht vollendet sei. — Aus seinen Ausführungen ergibt sich mit Notwendigkeit die Folgerung, daß auch bei einem Rücktritt vom Tötungsversuch keine Körperverletzung übrig bleiben kann, da der Wille des Täters auf Tötung gerichtet war, womit aber nach Ansicht des Reichsgerichtes der Verletzungsvorsatz ausgeschlossen ist. Selbst wenn man annimmt, mit dem Rücktritt werde der Vorsatz der Tötung rechtlich bedeutungslos, so kann doch nicht die Tatsache ungeschehen gemacht werden, daß der Täter töten wollte. Gehört aber zum Verletzungsvorsatz der Wille, nicht zu töten, so wären dieser Ansicht nach die Voraussetzungen für den Körperverletzungsvorsatz nicht erfüllt[36]). — Auch Frank[37]) führt ähnlich aus, der Täter stelle sich vor, durch seine Handlung werde der Tod eines Menschen herbeigeführt, während bei der Körperverletzung die Vorstellung dahin gehe, daß trotz der Körperverletzung der Verletzte am Leben bleibe. Aus dieser verschiedenen Vorstellung des Täters bei den beiden Delikten folgert Frank weiter, daß zumindest nicht gleichzeitig ein dolus directus hinsichtlich beider vorliegen könne. — Unterstützt wird diese Ansicht noch durch eine Definition der Körperverletzung, wie sie in der Strafrechtsliteratur häufig angeführt wird. So charakterisiert Binding[38]) (offenbar aber nur, um einer Gefahr der Verwischung der Grenzen nach dem Tötungsvorsatz hin vorzubeugen) die Körperverletzung als „die rechtswidrige, vorsätzliche, jedoch ohne Tötungsvorsatz oder fahrlässig verübte, Schädigung fremder Gesundheit". Auch Wächter[39]) nimmt an, die Körperverletzung sei die „rechtswidrige, nicht auf Tötung gerichtete Verletzung des Gesundheitszustandes oder der Integrität eines andern".

---

36) Danach müßte man aber auch zu dem Ergebnis kommen, daß eine Konsumtion zwischen beiden Delikten überhaupt nicht möglich ist, denn wenn beide Delikte niemals gleichzeitig in subjektiver Hinsicht vollendet sein können, d. h. sich stets ausschließen, kann ein Verhältnis einer Gesetzeskonkurrenz nicht gegeben sein.

37) VDAT. V. S. 208/9; ähnlich Baumgarten S. 354.

38) Lb. I S. 42.

39) Wächter a. a. O. S. 354.

Wie schon die Begründung des Reichsgerichtes in Bd. 61 S. 375 erkennen läßt, existieren nach dieser Ansicht offensichtlich zwei Arten des Vorsatzes: Grundsätzlich handelt vorsätzlich, wer weiß, daß er mit seiner Handlung eine Ursache zu einem schädlichen Erfolg setzt und trotzdem die Handlung will. Zum Vorsatz der Körperverletzung im „juristischen" Sinne aber soll noch der Wille gehören, nicht zu töten. Zwischen dem „allgemein menschlichen Begriff der Körperverletzung" und dem juristischen bestehe insofern ein bedeutender Unterschied, als unter Körperverletzung nur eine Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung zu verstehen sei, die keine Tötung ist[40]). — Ausdrücklich betont Kappen diese verschiedenen Arten des Vorsatzes bei der Körperverletzung und den Tötungsdelikten[41]). Er führt wörtlich aus: „So sehr also auch bei einer vorsätzlichen Tötung der Tötungsvorsatz den der Gesundheitsbeschädigung in sich schließt, der subjektive Tatbestand einer juristischen Körperverletzung ist damit durchaus noch nicht erfüllt. Zwischen Körperverletzung im Dienste des Vernichtungsvorsatzes und dem juristischen Körperverletzungsvorsatz besteht vielmehr ein formeller Unterschied." Nach dieser Ansicht liegt also in unserem Falle nach der üblichen Vorsatzdefinition eine Körperverletzung vor, nicht aber nach der besonderen Begriffsbestimmung für den Körperverletzungsvorsatz.

Weder die Entscheidung des Reichsgerichtes noch die Ausführungen der zitierten Lehrmeinungen lassen erkennen, woraus diese verschiedenen Arten des Vorsatzes zu folgern sind. Wenn das Delikt der Körperverletzung durch die §§ 211, 212 konsumiert wird, ergibt sich damit noch nicht für den Verletzungsvorsatz, daß er den Willen, nicht zu töten, umfasse[42]). Wenn das Delikt der Körperverletzung nur dann als selbständige Rechtsverletzung in Betracht kommt, wenn es nicht mit einem Tötungsdelikt zusammentrifft — also nicht konsumiert wird —, so kann aus diesem Umstand doch nicht geschlossen werden, zum Verletzungsvorsatz gehöre der Wille, nicht zu töten. Wenn der Täter sich in einem Einzelfalle, in dem lediglich eine Körperverletzung beabsichtigt ist, vorstellt, daß er durch die Verletzungshandlung den anderen nicht töte und diesen weitergehenden Erfolg auch nicht will, so kann auch daraus keineswegs die Schlußfolgerung gezogen werden, der Wille, nicht zu töten, sei grundsätzlich ein Bestandteil des Verletzungsvorsatzes[43]). Vertritt man den Standpunkt, zum Verletzungsvorsatz gehöre der Wille, nicht zu töten, so müßte man konsequent zu dem Ergebnis kommen, daß eine Körperverletzung nicht vorliege, wenn der Täter

40) Alberti G.S. 76/258.

41) Kappen a. a. O. S. 26.

42) Auf diesem Fehlschluß beruht offenbar die Ansicht des Reichsgerichtes in Bd. 61 S. 375.

43) Wenn der Täter bei einer vorsätzlichen Brandstiftung nicht will, daß durch seine Tat ein Mensch getötet wird, so kann daraus auch nicht geschlossen werden, zum Vorsatz der Brandstiftung gehöre der Wille, nicht zu töten.

überhaupt nicht daran denkt, ob seine Handlung den Tod des anderen zur Folge habe oder nicht, da in diesem Falle ein „nicht wollen" oder auch nur ein „nicht wünschen" in bezug auf die Tötung vollkommen fehlt. Mit dieser eigenen Begriffsbestimmung für den Verletzungsvorsatz gelangt man zwar zu dem für bestimmte Ausnahmefälle erwünschten Ergebnis, daß der Täter beim freiwilligen Rücktritt vom Tötungsversuch nicht wegen vollendeter Körperverletzung bestraft werden kann. Die Definition läßt jedoch deutlich erkennen, daß das erwünschte Ergebnis schon in den Ausgangspunkt aufgenommen wurde: Was bewiesen werden soll — daß Tötungs- und Verletzungsvorsatz unvereinbar seien —, wird implicite in der Weise vorausgesetzt, daß man willkürlich behauptet, der Vorsatz, zu verletzen, enthalte den Willen, nicht zu töten. Daß es sich bei dieser Begründung offensichtlich um eine petitio principii handelt, wird besonders deutlich bei Frank, der sich zu dieser Frage wie folgt äußert[44]): „Man kann nicht einwenden, daß beim Wollen des Erfolges (Zweckes) auch die als notwendig gedachten Zwischenerfolge mit gewollt seien. Diese rein logische Betrachtung (!) ... scheitert an einer psychologischen Erwägung: Der Ehemann, der sich durch die flehentlichen Bitten seiner von Schmerzen gefolterten Frau bestimmen läßt, ihr mit Tötungsvorsatz einen Dolchstich zu versetzen, hätte das nicht getan, wenn er gewußt hätte, daß gleichwohl seine Frau am Leben bleiben und neben ihren alten Leiden noch neue zu erdulden haben würde." Wegen dieses offensichtlich unbilligen Ergebnisses im Falle einer Bestrafung wegen Körperverletzung kommt Frank zu der Folgerung, zum Körperverletzungsvorsatz gehöre die Vorstellung, daß trotz der Verletzung der andere am Leben bleibe. Diese Methode geht den bedenklichen Weg, wegen eines unbilligen Ergebnisses in einem Falle (das noch dazu auf andere befriedigende Weise vermieden werden kann) eine Definition für den Vorsatz schlechthin zu geben, die umgekehrt für andere Fälle zu ebenso unbilligen Ergebnissen führen muß. — So erscheint es vom Standpunkt der Billigkeit durchaus nicht gerechtfertigt, den Täter straffrei ausgehen zu lassen, wenn er seinem Opfer schon schwere Verletzungen beigebracht hat, dann aber von der beabsichtigten Tötung absteht, weil seine Rache schon durch die Verletzungshandlung befriedigt ist. — Diese Ansicht verkennt, daß die Vorschriften über die Körperverletzung nur das selbständige Rechtsgut der körperlichen Integrität schützen sollen. Aus diesem Zweck und dem Wortlaut des § 223 ergibt sich, daß auch der Vorsatz der Körperverletzung im Verhältnis zu dem selbständigen andersartigen Rechtsgut des Lebens nicht in Beziehung gesetzt werden kann, also auch nicht den Willen enthält, nicht zu töten.

Es ist davon auszugehen, daß die Verletzungshandlung im Endergebnis sowohl eine Körperverletzung als auch darüber hinaus den Tod eines Menschen zur Folge haben kann. Führt die Verletzungshandlung zum

44) Frank VDAT. V. S. 208.

Tod des Opfers, so sind, selbst wenn der zeitliche Abstand zwischen der Körperverletzung als Erfolg und der Tötung noch so gering ist, doch stets zwei Erfolge vorhanden.

Es sollte nun nicht zweifelhaft sein, daß jeder, der töten will, weiß, daß er zu diesem Zwecke verletzen muß. Ebenso wie jeder weiß, daß der Enderfolg bei der Körperverletzung i. S. des § 223 nur durch die Verletzungshandlung erreicht werden kann, wird er sich auch eine Tötung nur durch eine Verletzungshandlung (die im Augenblick der Beeinträchtigung der körperlichen Integrität schon zur Körperverletzung i. S. des § 223 wird) vorstellen können. Voraussetzung für die bewußte Verwirklichung eines Erfolges ist, daß der Täter alle einzelnen Glieder der Kausalkette, die zu dem Erfolg führen, in ihrer Bedeutung für diesen Enderfolg kennt und aus dieser Kenntnis zum Handeln schreitet. Wer daher einen andern töten will, weiß, sofern er überhaupt zurechnungsfähig ist, daß er diesen Erfolg nur durch eine Körperverletzung erreichen kann. — Es erscheint aber nun undenkbar, daß jemand einen anderen in Tötungsabsicht bewußt verletzt, aber nicht verletzen will. Da die Tötungshandlung bis zum Eintritt des Enderfolges sich mit der Verletzungshandlung deckt und damit schon vor der Tötung in objektiver Hinsicht eine Körperverletzung i. S. des § 223 vorliegt, muß, da die Tötungshandlung gewollt ist, auch die Verletzungshandlung gewollt sein. Da zum Vorsatz aber gehört, daß der Täter weiß, eine Handlung führt zu einem rechtswidrigen Erfolg und diese Handlung trotzdem will, muß mit Notwendigkeit stets eine Körperverletzung in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt sein, auch wenn sie mit einer vorsätzlichen Tötung konkurriert.

Es kann allerdings durchaus sein, daß die Tötungshandlung (= Verletzungshandlung und Körperverletzung) unlustbetont ist. Die lustbetonte Vorstellung des Enderfolges, nämlich der Tod des andern, wird aber bei dem Täter zu einem so starken Motiv, daß die Hemmungen überwunden werden, die sich aus der Vorstellung der Tötungshandlung ergeben können. Will der Täter den Enderfolg, so will er auch die Verletzung, wenn auch nur als notwendiges Übel. Der vom Reichsgericht früher vertretene Standpunkt: „Wer den Vorsatz hat, einen Menschen zu töten, hat mit Notwendigkeit auch den Vorsatz, diesen körperlich zu verletzen", muß damit ohne Einschränkung anerkannt werden[45]).

4. Die Tötung auf Verlangen.

Die Lehrmeinungen, die der Auffassung sind, Körperverletzungsvorsatz und Tötungsvorsatz müßten sich notwendig oder in bestimmten

45) Vgl. RG. 28/212; ebenso Finger Lb. S. 265 ff.: „Der Fall, daß ein Täter sich nicht vorstellt, daß seine Tötungshandlung sich auch notwendig gegen die Körperintegrität richtet, existiert wohl nur im Strafrechtspraktikum eines Theoretikers"; vgl. auch v. Bar II. S. 562 Anm. 139 und Thomsen S. 45.

Fällen ausschließen, haben sich zu dieser Ansicht offensichtlich durch den eigenartigen Fall der Tötung auf Verlangen verleiten lassen[46]). Das Gesetz bestraft die Tötung auf Verlangen (§ 216 StrGB.) erheblich milder als die Tötung i. S. der § 211, 212, weil hier der Täter nicht aus eigensüchtigen Motiven gehandelt hat, sondern in der Regel Mitleid ihn zu der Tat bestimmte und der Verletzte selbst den Erfolg wollte. Da nun der Versuch nach §§ 216, 43 Abs. II nicht strafbar ist, müßte wegen vollendeter Körperverletzung bestraft werden, wenn der Täter vom Versuch freiwillig zurücktritt. Für das vollendete Delikt des § 216 beträgt der Strafrahmen 3 bis 5 Jahre; da richtiger Ansicht nach § 213 auch auf § 216 anzuwenden ist, kann beim Vorliegen mildernder Umstände die Strafe auf 6 Monate ermäßigt werden. Hatte dagegen der Versuch dieses Deliktes eine schwere Körperverletzung nach § 224 zur Folge, so bewegt sich der Strafrahmen zwischen einem Jahr Gefängnis und fünf Jahren Zuchthaus; beim Vorliegen mildernder Umstände kann bis auf einen Monat Gefängnis heruntergegangen werden. Schon aus diesem Vergleich der Strafdrohungen, besonders des Strafmaximums, folgt, daß in diesen Fällen eine Bestrafung aus den §§ 223 ff. nicht zulässig sein kann. Wenn auch praktisch für die Körperverletzung stets mildernde Umstände angenommen werden mögen, sodaß offensichtlich unbillige Entscheidungen weitgehend vermieden werden können, bleiben diese Ergebnisse befremdend. — In RG. Bd. 24 S. 369 wird daher auch die Frage erörtert, ob das ernstliche Verlangen der Tötung als Einwilligung des Verletzten in die Körperverletzung aufgefaßt werden kann. Die Möglichkeit wird abgelehnt mit der Begründung, die Einwilligung habe sich nur auf die Tötung, nicht aber auf die Körperverletzung bezogen. Für die Schuld werde in den §§ 223 und 211 zwar nur Vorsatz verlangt, bei der Einwilligung sei jedoch der Erfolg — und damit die Absicht des Verletzten — von entscheidender Bedeutung.

Gegen diese Ansicht wenden sich besonders Kohler[47]) und Binding[48]) mit der Begründung, die Einwilligung in die Tötung müsse sich stets auch auf die Verletzung beziehen, wenn man annehme, der Vorsatz, zu töten, schließe stets den zu verletzen ein, da sich der Begriff des Vorsatzes zu dem der Einwilligung wie ein minus zum maius verhalte.

Es mag dahingestellt bleiben, ob die Rechtswidrigkeit hinsichtlich der vollendeten Körperverletzung bei einer versuchten Tötung auf Verlangen aus dem Gesichtspunkt der Einwilligung ausgeschlossen ist. Es soll nicht verkannt werden, daß man im Schrifttum allgemein nur dann von „Einwilligung" zu sprechen pflegt, wenn der vom Verletzten gewollte und der wirkliche Enderfolg identisch sind[49]). Es wäre

46) Vgl. Frank VDAT. V. S. 208; Baumgarten S. 353/4; v. Liszt S. 296; Beling ZStrW. 18/285; Schwartz N. 5 und RG. in Bd. 24/369; 28/212.
47) a. a. O. S. 98.
48) Lb. S. 36.
49) Vgl. hierzu insbesondere RG. Bd. 24 S. 369.

aber nun verfehlt anzunehmen, daß im Falle des § 216 die Körperverletzung eine rechtswidrige sein müsse, weil das Verhalten des Verletzten nicht unter den Begriff „Einwilligung" gebracht werden kann.

Wer ernstlich verlangt, daß ein anderer ihn töte, weiß ebensogut wie der Täter selbst, daß der gewollte Enderfolg nur durch eine Körperverletzung erreicht werden kann. In dem Verlangen der Tötung liegt somit auch gleichzeitig eine Bililgung der Körperverletzung, denn niemand kann von einem anderen verlangen, daß er ihn töte, ohne zugleich die Körperverletzung als das notwendige Mittel zu wollen. Hat der Verletzte lediglich gewollt, daß im Endergebnis eine Körperverletzung eintrete, so ist die Handlung des Täters unbestritten aus dem Gesichtspunkt der Einwilligung gerechtfertigt, denn die Strafbestimmungen der §§ 223 ff. dienen — vorbehaltlich der Vorschrift des § 226 a — lediglich dem Interesse des Verletzten. Danach kann aber eine Körperverletzung auch dann nicht rechtswidrig sein, wenn der Verletzte verlangt, daß der andere ihn töte, und somit notwendig auch damit einverstanden war, daß der andere sich zu diesem Zwecke des Mittels der Körperverletzung bediene. Es wäre auch nicht recht verständlich, wenn die Körperverletzung dann rechtswidrig sein sollte, wenn der Verletzte sie als Enderfolg wollte, nicht aber in dem Fall, daß sie der Verletzte als Mittel zur Tötung i. S. des § 216 gebilligt hat. — Tritt der Täter somit von der Tötung auf Verlangen freiwillig zurück, so kann eine Bestrafung wegen Körperverletzung lediglich unter Heranziehung des § 226 a erfolgen. Damit besteht aber keine Veranlassung mehr, einen neuen Körperverletzungsvorsatz zu konstruieren, nur um hier zu einem billigen Ergebnis zu gelangen.

5. Verletzungsvorsatz und Gefährdungsvorsatz.

Eine ähnliche Kontroverse hinsichtlich des Vorsatzes wie bei den Delikten der Körperverletzung und Tötung findet sich in der Strafrechtsliteratur über die Frage, ob ein auf Verletzung und ein nur auf Gefährdung des gleichen Rechtsgutes gerichteter Vorsatz (Gefährdungsvorsatz) gleichzeitig vorliegen können. Das Problem wird insbesondere für die Fälle häufig erörtert, daß Aussetzung (§ 221) oder Vergiftung (§ 229) mit einem Tötungsdelikt zusammentreffen. — Ferner kann die Frage praktische Bedeutung erlangen, wenn Mordversuch und ein Delikt der §§ 312 und 315 Abs. I und II konkurrieren, oder wenn der Täter eine einfache Brandstiftung i. S. des § 308 versucht, seine Handlung aber bereits den Tatbestand des § 310 a erfüllt hat. Tritt der Täter in diesen Fällen vom Versuch zurück, so könnte aus dem tatbestandsmäßig vollendeten Gefährdungsdelikt nicht bestraft werden, wenn neben dem Verletzungsvorsatz der Gefährdungsvorsatz nicht vorliegt.

Das Reichsgericht[50]) hat in diesen Fällen angenommen, Gefährdungsvorsatz und Verletzungsvorsatz seien nur dann nebeneinander vereinbar,

50) RG. Bd. 25 S. 322.

wenn mindestens einer von beiden ein eventueller sei. Man könne nicht durch dieselbe Handlung jemand am Leben belassen und zugleich töten wollen. Binding[51]) nimmt dagegen an, Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz, die sich auf das gleiche Rechtsgut beziehen, seien stets unvereinbar, sodaß bei einem Rücktritt vom Tötungsversuch nie Aussetzung übrig bleiben könne.

Es ist vorerst zuzugeben, daß eine Gefährdung und eine Verletzung des gleichen Rechtsgutes nicht gleichzeitig vorliegen können. Ist ein Rechtsgut bereits verletzt, so kann es nicht mehr gefährdet sein; ist es erst gefährdet, so ist es noch nicht verletzt.

Nun ist aber zu beachten, daß einer jeden Verletzung eine — wenn auch zeitlich noch so kurze — Gefährdung stets vorausgeht. Die Mutter, die ihr Kind aussetzt, um es zu töten, wird durch das Zurücklassen des Kindes vorerst dessen Leben gefährden. Die Gefährdung ist also auf dem Weg zur Verletzung ein zeitlich vorausgehendes Stadium des Kausalablaufes.

Da nun jeder, der vorsätzlich ein Rechtsgut verletzen will, auch notwendig die einzelnen Stufen kennen muß, die zu dem beabsichtigten Erfolg führen, erscheint es undenkbar, daß der Täter nicht auch diese Vorstufen wollte, wenn auch nur als Mittel zum Zweck. Die Mutter wollte nicht nur den Tod ihres Kindes; sie wußte auch sehr wohl, daß das Kind durch die Aussetzung gefährdet würde, und wollte diese Gefährdung, weil über sie der Weg zu dem beabsichtigten Erfolg führte. Zum Gefährdungsvorsatz gehört aber nicht ein „nicht wollen der Verletzung“[52]), sondern wer verletzen will, muß notwendig erst gefährden wollen[53]). — Ob es dem Täter auf die Gefährdung ankam, ist in diesem Zusammenhang belanglos, denn zum Gefährdungsvorsatz gehört nicht, daß die Vorstellung der Gefährdung lustbetont oder für den Täter motivierend war. Erforderlich ist lediglich, daß der Täter die Tatsachen kennt, aus denen sich eine Gefahr für ein Rechtsgut ergeben muß, trotzdem aber die Handlung willentlich vornimmt.

Daß der Gesetzgeber selbst ein Zusammentreffen von Verletzungsvorsatz und Gefährdungsvorsatz für möglich hält, beweist eindeutig die Entstehungsgeschichte der §§ 310 und 310 a. Durch das Gesetz vom 28. 6. 1935 ist der Text des § 310 bewußt zu dem Zwecke geändert worden, trotz der Tatreue eventuell eine Bestrafung des Täters nach § 310 a herbeiführen zu können[54]). § 310 enthält aber ebenfalls einen reinen Gefährdungstatbestand, der bei vorsätzlicher und selbst fahrlässiger Verwirklichung zur Bestrafung führt.

---

51) Normen 2 S. 1013.

52) Diese Argumentation wäre ähnlich verfehlt wie jene des RG. in Bd. 61 S. 375 über das Verhältnis von Tötungs- und Körperverletzungsvorsatz.

53) Vgl. Frank zu § 221 IV; v. Liszt-Schm. zu § 90; v. Hippel in VDAT. III. Teil S. 530 ff.; vgl. auch v. Bar II. S. 351.

54) Olshausen Erg.Bd. zu § 310.

Schließen sich somit Gefährdungsvorsatz und Verletzungsvorsatz nicht aus, so muß stets eine Bestrafung aus dem Tatbestand des Gefährdungsdeliktes erfolgen, wenn der Täter vom Versuch des Verletzungsdeliktes freiwillig zurücktritt. — Das gilt insbesondere für den häufig erörterten Fall, daß der Täter vom Tötungsversuch zurücktritt, nachdem bereits der Tatbestand des § 221 erfüllt ist.

6. Das Delikt der Vergiftung.

Das Delikt der Vergiftung nimmt in diesem Zusammenhange insofern eine Sonderstellung ein, als das Gesetz verlangt, daß einem anderen Gift beigebracht werde, um dessen Gesundheit zu schädigen. Die wohl herrschende Lehre nimmt an, daß der subjektive Tatbestand des § 229 schon dann erfüllt sei, wenn hinsichtlich der Körperverletzung ein dolus directus vorliege[55]). Habe der Täter jedoch nur eventuell verletzen wollen (dolus eventualis), so könne eine Bestrafung aus § 229 mit Rücksicht auf den Wortlaut dieser Vorschrift nicht erfolgen.

Frank[56]) vertritt dagegen die Ansicht, durch den Finalsatz „um zu" komme in § 229 klar zum Ausdruck, daß die Erfolgsvorstellung für das Handeln des Täters motivierend sein müsse (echte Absicht). Nicht erforderlich sei allerdings, daß der Täter sich die Verwirklichung als bestimmt eintretend gedacht habe. Nach dieser Ansicht kommt also § 229 auch dann nicht zur Anwendung, wenn der Täter einem anderen Gift beigebracht hat, aber nur das Bewußtsein (nicht Absicht) hatte, ihn an der Gesundheit zu schädigen: z. B. der Täter gibt seinem reichen Onkel, dessen einziger Erbe er sein wird, Gift in Tötungsabsicht ein, um sich auf diese Weise vorzeitig in den Genuß seines Vermögens zu setzen. Die in der Tötungshandlung liegende Körperverletzung ist zwar vorsätzlich begangen; Motiv war aber lediglich die Vorstellung, daß die Vergiftung den Tod zur Folge haben würde. In diesem Falle würde Frank im Gegensatz zur h. L. nicht nach § 229 bestrafen, wenn der Täter den Erfolg durch Eingeben eines Gegengiftes abwendet. — Nach beiden Ansichten wäre dagegen aus § 229 zu bestrafen, wenn der Täter aus Rache seinem Opfer Gift eingibt, um es an der Gesundheit zu schädigen, gleichzeitig aber auch damit einverstanden ist, daß die Vergiftung zum Tod führt (dolus enventualis).

Mit Rücksicht auf den eindeutigen Wortlaut des § 229 erscheint die Ansicht, daß es für den subjektiven Tatbestand genüge, wenn der Täter mit dem direkten Vorsatz der Körperverletzung gehandelt habe, unhaltbar. Wenn aber zur vollendeten Vergiftung die Absicht der Gesundheitsbeschädigung gehört[57]), kann diese Absicht auch hier nur so auf-

55) Vgl. Löffler a. a. O. S. 304; Olshausen N. 6 und Eberm. Nr. 4.

56) Frank zu § 229 III.

57) Auch das RG. sagt in Bd. 42/215, § 229 und § 211 könnten in subjektiver Hinsicht nur dann gleichzeitig vollendet sein, „wenn der Täter die Absicht

gefaßt werden, daß der subjektive Tatbestand des § 229 nur dann erfüllt ist, wenn die Gesundheitsbeschädigung motivierende Vorstellung war. Es ist somit der von Frank vertretenen Ansicht beizustimmen.

Wie schon die oben angeführten Beispiele zeigen, muß man nach der hier vertretenen Ansicht zu dem Ergebnis gelangen, daß in bestimmten Fällen des Tötungsversuches mittels Gift der subjektive Tatbestand des § 229 nicht erfüllt ist[58]). Das gilt für alle Fälle, in denen es dem Täter auf eine Gesundheitsbeschädigung nicht ankam, sondern lediglich die Vorstellung der Tötung ihn zum Handeln veranlaßt hat oder der Gedanke, daß nur eine Körperverletzung eintreten könnte, geradezu als hemmendes Moment wirkte und nur als notwendiges Übel „gewollt" war. Tritt nun der Täter in solchen Fällen von dem Tötungsversuch zurück, so bleibt er, sofern der subjektive Tatbestand des § 229 erfüllt ist, nach dieser Bestimmung strafbar. Hatte dagegen der Täter nicht die Absicht der Gesundheitsbeschädigung und ist eine Gesundheitsbeschädigung eingetreten (was § 229 nicht stets voraussetzt), so ist wegen vollendeter Körperverletzung nach §§ 223 ff. zu bestrafen.

Es soll nicht verkannt werden, daß die hier vertretene Ansicht zu widerspruchsvollen Ergebnissen führen kann. — Wird der Täter wegen vollendeter Tötung bestraft, so kann beim Vorliegen mildernder Umstände die Strafe auf 6 Monate Gefängnis herabgesetzt werden (vgl. § 213 StrGB.). Tritt der Täter aber von dem Tötungsversuch zurück, so wird er nach § 229, für den mildernde Umstände nicht vorgesehen sind, mindestens mit einem Jahr Zuchthaus bestraft. Der Täter kann also unter Umständen besser behandelt werden, wenn er die beabsichtigte Tötung ausführt, als wenn er vom Versuch zurücktritt.

Das Ergebnis erscheint unerträglich. Würde man aber die Ansicht vertreten, daß sich Verletzungsvorsatz und Tötungsvorsatz stets ausschließen, so ließen sich nach einer anderen Seite hin Widersprüche feststellen, die nicht weniger drastisch wären. Hat der Täter einem anderen Gift beigebracht in der Absicht, ihn vielleicht nur gering zu schädigen, so wird er mindestens mit einem Jahr Zuchthaus bestraft, auch wenn eine Schädigung der Gesundheit nicht eingetreten ist oder

---

verfolgt, durch die Beibringung von Gift die Gesundheit eines andern zu schädigen, sich durch die Vorstellung dieses Erfolges zu seinem Handeln bestimmen läßt, dabei aber zugleich erkennt und sich bewußt ist, daß seine Handlung nicht nur die gewollte Gesundheitsbeschädigung, sondern, sei es alsbald oder infolge der Gesundheitsbeschädigung, den Erfolg der Tötung haben könne und er diesen als möglich erkannten Erfolg für den Fall seines Eintritts in seine Vorstellung aufnimmt und will."

58) Anders nach der von Olshausen vertretenen Ansicht; nach seiner Auffassung wäre stets nach § 229 Abs. I (falls eine schwere Körperverletzung eingetreten ist, auch nach § 229 Abs. II) zu bestrafen, wenn der Täter vom Tötungsversuch zurücktritt. Da im Tötungsvorsatz stets der Verletzungsvorsatz enthalten ist, erscheint es kaum denkbar, daß der Täter, der in Tötungsabsicht handelt, sich vorstellt, er könne nur eventuell eine Körperverletzung verursachen.

wenn der Täter die Folgen durch Eingeben eines Gegengiftes abgewendet hat. Wollte der Täter dagegen durch Beibringen von Gift einen anderen töten und tritt er von diesem Versuch zurück, indem er rechtzeitig ein Gegengift eingibt, so bliebe er nach dieser Ansicht straflos. — Das eigenartige Verhältnis des § 229 zu den Tötungsdelikten läßt somit in keinem Falle eine widerspruchsfreie Lösung zu; eine Vermeidung dieser Schwierigkeiten dürfte de lege lata nicht möglich sein[59]). Es ist daher nur zu begrüßen, daß für das kommende Strafrecht „das hübsche theoretische Spielzeug" (Reform 1910 Bd. II S. 287) der Vergiftung nicht mehr vorgesehen ist[60]).

Als Ergebnis ist festzustellen, daß nach geltendem Recht ein im Versuch enthaltenes vollendetes Delikt stets zu bestrafen ist, ohne Rücksicht auf die Art der Deliktskonkurrenzen. Eine im Tötungsversuch enthaltene Körperverletzung ist stets auch in subjektiver Hinsicht vollendet, da der Tötungsvorsatz den Körperverletzungsvorsatz nicht ausschließt. In gleicher Weise tritt beim Rücktritt vom Versuch eines Verletzungsdeliktes Bestrafung ein wegen eines im Versuch enthaltenen vollendeten Gefährdungsdeliktes, da sich auch Verletzungsvorsatz und Gefährdungsvorsatz, selbst wenn sich beide auf das gleiche Rechtsgut beziehen, nicht ausschließen. — Dagegen kann eine Bestrafung aus § 229 beim qualifizierten Versuch nicht erfolgen, wenn der Täter diesen Tatbestand nicht mit der Absicht der Gesundheitsbeschädigung verwirklicht hat. § 229 nimmt also wegen seines eigenartigen subjektiven Charakters eine Sonderstellung ein.

59) Löffler a. a. O. S. 308; Thomsen G.S. 30/99 ff.

60) Mezger in „Körperverletzung" S. 391 ff. „Das kommende St. Strafrt.", herausgegeben von Gürtner.

D. Der freiwillige Rücktritt beim Zusammentreffen von Versuch und vorbereitender Straftat.

I. Die Bedeutung der Subsidiarität.

Im folgenden soll untersucht werden, ob sich der Täter durch einen freiwilligen Rücktritt vom Versuch Straflosigkeit in vollem Umfange verschaffen kann, wenn in dem Versuch gleichzeitig eine strafbare Vorbereitungshandlung enthalten ist. — Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn der Täter, der eine Aufforderung i. S. des § 49 a angenommen hat, vom Mordversuch zurücktritt oder wenn ein freiwillige Rücktritt von einer versuchten Münzfälschung erfolgt, nachdem der Tatbestand des § 151 erfüllt ist. Die Vertreter der Ansicht, die im Falle des § 46 auch hinsichtlich der im Versuch enthaltenen strafbaren Vorbereitungshandlung Straflosigkeit eintreten lassen wollen, gelangen zu diesem Ergebnis auf zwei verschiedenen Wegen:

1) Nach der einen Ansicht soll sich die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlung beim Rücktritt vom Versuch aus dem Wesen der Gesetzeskonkurrenz ergeben.

2) Nach der zweiten Ansicht ist die Vorschrift des § 46 per argumentum a maiori ad minus auch auf die Vorbereitungshandlung als solche anzuwenden; damit würde Straflosigkeit in vollem Umfange eintreten, wenn der Täter gleichzeitig[1]) vom Versuch und der Vorbereitungshandlung zurücktritt.

Die Vertreter der Ansicht zu 1) gehen davon aus, daß aus dem Wesen der Vorbereitungshandlung, insbesondere ihrem subsidiären Charakter gegenüber dem Versuch, zu schließen sei, daß sie nur dann selbständige Bedeutung habe, wenn die Handlung nicht über das Stadium der Vorbereitung gediehen sei. Liege bereits ein Versuch vor, so existiere eine also solche strafbare Vorbereitungshandlung nicht mehr; dies müsse auch dann gelten, wenn der Täter von dem weitergehenden Versuch zurückgetreten sei. — Diese Ansicht wird in der Literatur vielfach vertreten. So führen Lobe[2]) und Gerland[3]) aus, die vorbereitende Straftat

1) Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden, siehe unten S. 40.
2) Komm. zu § 46 Anm. 2 e.
3) RStrG. 2. Alg. S. 184, 303.

werde durch den Versuch absorbiert; trete nun der Täter vom Versuch zurück, so erstrecke sich die Straflosigkeit auch auf die Vorbereitungshandlung, da diese bereits aufgehört habe, selbständig zu existieren.

Es handelt sich hier um eine Streitfrage, zu der im Grunde schon in der Untersuchung über die Wirkungen des freiwilligen Rücktritts auf ein im Versuch enthaltenes vollendetes Delikt Stellung genommen wurde[4]). Gegen die Ansicht Lobes ist zu sagen, daß ein Tatbestand, der zu einem anderen im Verhältnis der Subsidiarität steht, nur deswegen ignoriert wird, weil durch eine Bestrafung aus dem weitergehenden Tatbestand der Gerechtigkeit schon hinreichend Genüge getan ist[5]). Unterbleibt aber die Bestrafung aus dem Primärdelikt wegen des freiwilligen Rücktritts des Täters, so entfällt damit auch der Grund, der zu einer Ignorierung der Vorbereitungshandlung geführt hat. Das Ergebnis, daß trotz des freiwilligen Rücktritts von dem weitergehenden Versuch eine Bestrafung wegen der subsidiären Vorbereitungshandlung erfolgen soll, ist unbefriedigend; die von Lobe und Gerland angeführte Begründung kann jedoch nicht überzeugen und müßte auch in vielen Fällen zu unerträglichen Widersprüchen führen: Hat sich der Täter Platten zum Zwecke eines Münzverbrechens angeschafft (§ 151) und vernichtet er sie wieder, so muß er nach der Ansicht Lobes bestraft werden. Geht der Täter jedoch weiter und versucht die Herstellung von Geld, gibt diesen Versuch aber freiwillig wieder auf, so soll Straflosigkeit in vollem Umfange eintreten (§§ 146, 46 StrGB.). Der Täter brauchte also nur in der Erkenntnis, daß ein Rücktritt im Versuchsstadium zur völligen Straflosigkeit führt, mit dem tatbestandsmäßigen Handeln zu beginnen, um sich wieder den Weg für einen strafbefreienden Rücktritt zu schaffen[6]). Aus einer solchen Annahme müßte sich also eine geradezu verbrechensfördernde Wirkung ergeben.

II. Die Anwendung des § 46 auf Vorbereitungshandlungen per argumentum a maiori ad minus.

Es wäre nun offensichtlich ein befremdendes Ergebnis, wenn der Täter bei einem freiwilligen Rücktritt zwar insoweit straflos bliebe, als es sich um den Versuch eines Verbrechens handelt, während der freiwillige Rücktritt für das vorangehende Stadium der Vorbereitung des gleichen Verbrechens bedeutungslos sein sollte.

---

4) Siehe oben S. 17, 21.

5) Binding, Lehre, S. 308 hat in diesem Sinne zu dieser Frage ausführlich Stellung genommen.

6) Aus dieser Überlegung folgert nun Gerland S. 184 umgekehrt, daß auch dann ein strafbefreiender Rücktritt zulässig sein müsse, wenn nur eine Vorbereitungshandlung vorliege, ohne zu prüfen, ob sich dieses Ergebnis nicht nur aus Billigkeitsgründen, sondern auch aus rechtlichen Erwägungen (etwa entsprechende Anwendung des § 46) rechtfertigen läßt.

Es liegt nahe, vorerst aus dem Verhältnis der Vorbereitungshandlung zum Versuch zu schließen, daß ein strafbefreiender Rücktritt auch von einer Vorbereitungshandlung als solcher auf Grund eines argumentum a maiori ad minus zulässig sein muß, denn wenn noch im Stadium des Versuchs ein strafbefreiender Rücktritt möglich ist, erscheint es gerecht, erst recht Straflosigkeit eintreten zu lassen, wenn der Täter in einem früheren Stadium der Tat zurückgetreten ist. Die Entscheidung dieser Vorfrage ist von ausschlaggebender Bedeutung dafür, ob bei einem freiwilligen Rücktritt vom Versuch auch Straflosigkeit hinsichtlich der subsidiären Vorbereitungshandlung eintritt, denn wenn der Täter von einer Vollendung des beabsichtigen Verbrechens absteht, so liegt in diesem Rücktritt vom Versuch auch gleichzeitig ein Rücktritt von der Vorbereitungshandlung[7]).

Im folgenden soll nun vorerst rein theoretisch zu der Vorfrage Stellung genommen werden, ob und inwieweit ein strafbefreiender Rücktritt von einer Vorbereitungshandlung allein möglich ist. — Eine Lösung dieser Frage ergibt sich nur bei richtiger Würdigung des Verhältnisses der Vorbereitungshandlung zum Versuch:

Das Verhalten des Täters läßt sich vom Beginn bis zur Vollendung der Straftat in verschiedene Stadien gliedern. Außerhalb jeder rechtlichen Beurteilung liegt die rein psychische Einstellung des Täters zu einem rechtswidrigen Erfolg, solange sie nicht durch eine entsprechende Handlung betätigt wird. Der Staat muß es zwar schon mißbilligen, wenn der Täter den Entschluß gefaßt hat, ein von der Rechtsordnung geschütztes Rechtsgut zu verletzen. Kein Gesetz wird jedoch in diesem frühen Zeitpunkt der Tat schon eingreifen können, da abgesehen von unvermeidlichen Beweisschwierigkeiten der Entschlußfassende auch noch Herr seines Wollens geblieben ist und seinen Entschluß noch ändern kann, ohne daß er irgendwie störend oder hemmend in den Ablauf der völkischen Lebensordnung eingegriffen hat[8]). Läßt jedoch eine an sich neutrale Handlung erkennen, daß der Täter entschlossen ist, eine strafbare Handlung zu begehen, so sieht sich der Staat in Ausnahmefällen, und zwar bei besonders gefährlichen Verbrechen veranlaßt, schon im frühen Stadium der Vorbereitung eine Strafe anzudrohen. Ist die Handlung dann schon weiter fortgeschritten, daß sie „den Anfang der Ausführung" eines Deliktes darstellt, so muß der Staat grundsätzlich auf den rechtswidrigen Angriff mit Strafe reagieren. Die Vorbereitungshandlung ist somit der dem Versuch vorangehende, mit Vollendungsvorsatz verwirklichte Handlungsabschnitt, der jedoch nur in besonderen, gesetzlich ausdrücklich normierten Fällen strafbar ist.

---

7) Siehe unten S. 39 ff., insbesondere hinsichtlich der Ausnahmen bei den §§ 49 b, 82 Abs. III, 92 Abs. III.

8) Freisler S. 23.

Gibt nun der Täter die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens auf noch bevor es zu einem strafbaren Versuch gekommen ist, so liegt es nahe, den Täter auch dann straflos zu lassen, wenn seine Handlung schon den Tatbestand einer strafbaren Vorbereitungshandlung erfüllt hat. Nachdem § 46 selbst im Stadium des Versuchs bei freiwilligem Abstehen von der Vollendung noch Straflosigkeit verspricht, müßte die freiwillige Umkehr des Täters, dessen Handlung nur eine strafbare Vorbereitung darstellt, erst recht Straflosigkeit zur Folge haben[9]). Sofern daher aus der gesetzlichen Systematik und der Regelung dieser Frage für bestimmte Einzelfälle nicht eindeutig hervorgeht, daß eine Anwendung des § 46 per argumentum a maiori ad minus nicht zulässig erscheint, ist dieser Schluß für die Vorbereitungshandlung vom Standpunkt der Logik wie der Billigkeit zwingend geboten.

Es könnte zunächst gegen dieses Ergebnis eingewendet werden: Wenn der Gesetzgeber in dem Versuchsparagraphen des Allgem. Teils (§ 43) die Voraussetzungen angegeben habe, unter denen der Versuch generell als strafbar angesehen werden solle, so habe er damit den Versuch als formellen Begriff aufgestellt, der in „kontradiktorischem Gegensatz" stehe zu dem Begriff der Vorbereitungshandlung und der Vollendung. Eine entsprechende Anwendung des § 46 auf Vorbereitungshandlungen sei somit schon aus diesem Grunde abzulehnen[10]).

Gegen diese formallogische Betrachtungsweise ist zunächst einzuwenden, daß sie jeder inneren Rechtfertigung entbehrt. Zwar hat der Gesetzgeber formal den Versuch gegenüber der Vorbereitungshandlung wie gegenüber der Vollendung abgegrenzt; aber erst aus der sachlichen Art des Gegensatzes zwischen Versuch und Vorbereitungshandlung kann sich ergeben, ob § 46 per arg. a maiori ad minus auch auf Vorbereitungshandlungen angewandt werden kann.

Ebensowenig kann der Einwand[10]) überzeugen, aus dem Fehlen einer dem § 46 entsprechenden allgemeinen Bestimmung für die Vorbereitungshandlung sei zu schließen, daß eine entsprechende Anwendung des § 46 unzulässig sei. — Es erscheint vorerst zweifelhaft, ob der Gesetzgeber bewußt von der Aufnahme einer solchen Bestimmung abgesehen hat. Ferner könnte man ebensogut sagen, der Gesetzgeber würde eher eine ausdrückliche Bestimmung getroffen haben, wenn er die Anwendung des § 46 auf Vorbereitungshandlungen nicht gewollt hätte, da sich die Anwendung des § 46 per arg. a maiori ad minus zunächst geradezu aufdrängt. Schließlich erklärt sich auch aus der grundsätzlichen Straflosigkeit der Vorbereitungshandlung das Fehlen einer dem § 46 entsprechenden allgemeinen Bestimmung ganz zwanglos.

Man hat ferner versucht, Bedenken aus der Regelung des § 204 StrGB. herzuleiten. Das Gesetz erklärt hier, daß die Strafe der Herausforderung zum Zweikampf wegfällt, wenn ihn die Partner freiwillig

9) Vgl. Allf. Festgabe S. 102; Frank VDAT. V. S. 216; Olshausen § 46 N. 5.
10) So Spohr S. 25, 18.

aufgegeben haben. Daraus könnte man folgendes schließen: Ist die Herausforderung als eine den Zweikampf vorbereitende Handlung strafbar und bedarf es einer besonderen Vorschrift, um hier dem Rücktritt strafaufhebende Wirkung zu verleihen, so ergibt sich, daß er sie für andere strafbare Vorbereitungshandlungen nicht hat. — Dieser Schluß ist jedoch nicht zwingend: Der Gesetzgeber mußte hier eine ausdrückliche Bestimmung geben, da die Wirkung des Rücktritts sich hier auf alle Beteiligte (Kartellträger und Teilnehmer) erstrecken sollte[11]). Die Bestimmung des § 204 könnte also ebensogut zur Unterstützung der hier vertretenen Ansicht angeführt werden.

Auch aus den Vorschriften der §§ 82 Abs. III und 92 Abs. III (n. F.), die einen freiwilligen Rücktritt ebenfalls ausdrücklich zulassen, können keine Gesichtspunkte gegen eine entsprechende Anwendung des § 46 hergeleitet werden, da diese Bestimmungen zeitlich erheblich später entstanden sind und die Möglichkeit nahe liegt, daß der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die bestehenden Streitfragen für diese Fälle eine ausdrückliche Regelung für angebracht hielt.

Es ist somit als vorläufiges Ergebnis festzustellen, daß § 46 per arg. a maiori ad minus auf Vorbereitungshandlungen anzuwenden ist. Daraus folgt, daß (soweit nicht in einzelnen Bestimmungen eine besondere Regelung ausdrücklich getroffen ist, wie etwa in den §§ 49 b, 82 Abs. III, 92 Abs. III), im Einzelfalle ein freiwilliger Rücktritt von einer Vorbereitungshandlung vorliegt, wenn der Täter die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens im Vorbereitungsstadium aufgegeben hat, ohne daß er an der Weiterführung durch Umstände gehindert worden ist, die von seinem Willen unabhängig waren (§ 46 Zff. 1 StrGB.)[12]). Ob nun der Täter im Einzelfalle die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens aufgegeben hat, wird sich aus seinem äußeren Verhalten ergeben. — So liegt z. B. ein freiwilliger Rücktritt von einer Vorbereitungshandlung i. S. des § 151 vor, wenn der Täter durch das Vernichten der angefertigten Platten erkennen läßt, daß er die Absicht, das Münzverbrechen zu vollenden, aufgegeben hat.

Ist nun eine Anwendung des § 46 per arg. a maiori ad minus auf Vorbereitungshandlungen als solche zulässig, so folgt daraus mit Notwendigkeit, daß Straffreiheit in vollem Umfange auch dann eintreten muß, wenn der Täter vom Versuch zurücktritt und dem Versuch eine strafbare Vorbereitungshandlung voranging. Hat der Täter im Versuchsstadium die Vollendung des Verbrechens aufgegeben oder den Eintritt des Erfolges durch tätige Reue abgewendet, so ist der Täter damit gleichzeitig auch von der Vorbereitungshandlung zurückgetreten. —

11) Vgl. Frank zu § 204 II, 2.

12) § 46 Zff. 2 kommt, wenn nur eine Vorbereitungshandlung vorliegt, praktisch nicht in Betracht, da diese Vorschrift voraussetzt, daß der Täter schon alles getan hat, was zur Vollendung des Deliktes erforderlich ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, so handelt es sich aber um einen Versuch.

Soweit bei einzelnen Vorbereitungshandlungen die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts an besondere Voraussetzungen geknüpft ist, kann, wenn der Täter vom weitergehenden Versuch zurücktritt, die Bestrafung wegen der Vorbereitungshandlung n u r dann entfallen, wenn diese besonderen Vorausetzungen vorliegen. Hat der Täter gemeinsam mit einem anderen einen Mord versucht und ist gleichzeitig der Tatbestand des § 49 b erfüllt, so wird er zwar nicht aus den §§ 211 ff., 43, 44 bestraft, wenn er freiwillig vom Versuch zurücktritt, dagegen bleibt er aus § 49 b strafbar, wenn er nicht rechtzeitig Anzeige erstattet hat und das beabsichtigte Verbrechen von dem Mittäter vollendet wurde[13]). Ist somit für einzelne Vorbereitungshandlungen ausdrücklich eine besondere Regelung für den freiwilligen Rücktritt getroffen, so muß diese Regelung als lex specialis einer Anwendung der allgemeinen Vorschrift des § 46 per arg. a maiori ad minus vorgehen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um einen Rücktritt von einer Vorbereitungshandlung oder um einen Rücktritt vom Versuch plus Vorbereitungshandlung handelt.

III. Vorbereitungshandlung und delictum sui generis.

Mit diesem Ergebnis sind nun keineswegs alle Streitfragen auf diesem Gebiet gelöst, denn die Frage, wann im Einzelfalle eine Vorbereitungshandlung vorliegt, ist in nahezu allen in Frage kommenden Fällen umstritt. Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller[14]) unterscheiden bei vorbereitenden Straftaten zwischen selbständigen, unabhängigen Tatbeständen (delicta sui generis) und den Vorbereitungshandlungen im eigentlichen Sinne[15]). Soweit es sich nun um einen Tatbestand der ersten Art handle, sei auch hier wie bei jedem anderen v o l l e n d e t e n Delikt ein strafbefreiender Rücktritt nicht möglich, da § 46 sich nach seinem eindeutigen Wortlaut nicht auf vollendete Delikte beziehe. Trete der Täter vom Versuch eines Verbrechens zurück, so erlange daher auch ein solches „delictum sui generis" wieder seine selbständige Bedeutung; dagegen habe eine Vorbereitungshandlung im eigentlichen Sinne[16]) Straflosigkeit zur Folge

Es ist nun naheliegend, daß Schwierigkeiten unvermeidbar sind, wenn man die Zulässigkeit eines strafbefreienden Rücktritts davon abhängig macht, ob es sich bei einer Vorbereitungshandlung im Einzelfalle um einen „selbständigen" oder „unselbständigen" Tatbestand handelt. Aus dieser Erwägung glaubt Spohr[17]) die Möglichkeit eines strafbefreienden

13) Siehe unten S. 46.

14) Allf. Festgb. S. 101; Finger Lb. I. S. 326; Frank § 46 N. IV; Olshausen § 46 N. IV.

15) Als del. s. gen. werden in der Regel die §§ 111, 127, 310 a und 360 Zff. 4, 5, 6 angesehen, während die §§ 49 a, 49 b und 151 überwiegend als unselbständige Vorbereitungshandlungen gelten.

16) Siehe oben S. 37.

17) a. a. O. S. 25, 18.

Rücktritts von einer Vorbereitungshandlung grundsätzlich verneinen zu müssen. Er führt aus, eine entsprechende Anwendung des § 46 sei bei Vorbereitungshandlungen, sofern man auf die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit dieser Delikte abstellen wolle, äußerst ungewiß, da ein sicheres Kriterium für diese Unterscheidung nicht aufgezeigt werden könne. Die Verschiedenheit der Auffassungen, die sich aus einer Interpretation bei den einzelnen Fällen mit Notwendigkeit ergeben müsse, zwinge dazu, den Weg formaler Betrachtungsweise zu verlassen, sodaß mangels ausdrücklicher positiver Bestimmungen eine entsprechende Anwendung der Rücktrittsvorschriften als nicht im Gesetz begründet abzulehnen sei.

Spohr kann nicht umhin, das Ergebnis, daß ein strafbefreiender Rücktritt von einer Vorbereitungshandlung in keinem Falle zulässig sein soll, als unbefriedigend zu bezeichnen, beschränkt sich aber darauf, lediglich eine bessere und gerechtere Regelung de lege ferenda zu empfehlen. Damit aber nimmt er praktisch in Einzelfällen eine unbillige Entscheidung in Kauf, weil die Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Vorbereitungshandlung schwierig ist, und versucht, seine Ansicht durch formallogische Gesetzesinterpretation zu rechtfertigen[18]).

Daß die Schwierigkeiten einer Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Vorbereitungshandlung auch dazu verleiten können, den entgegengesetzten Standpunkt einzunehmen und einen strafbefreienden Rücktritt von einer vorbereitenden Straftat stets für zulässig zu erachten, geht aus den Ausführungen Krauthammers[19]) hervor. Er vertritt die Ansicht, es führe nur zu unnötigen Schwierigkeiten, wolle man in jedem Falle untersuchen, ob die betreffende Vorbereitungshandlung ein del. s. gen. darstelle, zumal diese Untersuchung mangels eindeutiger Kriterien doch nicht zu einheitlichen Ergebnissen führen könne. Da sich zwingende Gründe gegen eine entsprechende Anwendung des § 46 auch auf Fälle der ersten Art nicht aufzeigen ließen, sei in beiden Fällen ein strafbefreiender Rücktritt zuzulassen. — Die Anwendung des § 46 per arg. a maiori ad minus auf alle Vorbereitungshandlungen, auch soweit es sich um del. s. gen. handelt, erscheint jedoch unzulässig; sie bietet nicht nur, wie er selbst zugibt, „gewisse Schwierigkeiten", sondern läßt sich mit den geltenden gesetzlichen Bestimmungen nicht in Einklang bringen. Soll nach § 46 nur „der Versuch als solcher" straflos bleiben, so muß die Anwendung dieser Bestimmung auf selbständige vorbereitende Straftaten, die vollendeten Delikten gleichstehen, unzulässig erscheinen[20]).

---

18) Siehe oben S. 38.

19) Krauthammer S. 32; ähnlich Kohler in VDBT. III S. 226 und Wächter Vorlesungen, S. 200 Anm. 5.

20) Und das ist der entscheidende Punkt, auf den noch eingegangen wird.

Wollte der Gesetzgeber einzelnen vorbereitenden Straftaten, etwa wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit, eine ebenso selbständige Stellung geben wie dem vollendeten Delikt, so würde man contra legem entscheiden, wenn man in diesen Fällen einen strafbefreienden Rücktritt zuließe: Hat der Gesetzgeber einem Tatbestand nach seinem Inhalt und seinen Merkmalen einen selbständigen Charakter gegeben, so ist auch anzunehmen, daß alle rechtlichen Folgen, die sich aus dieser selbständigen Stellung ergeben (insbesondere die Zulässigkeit eines strafbefreienden Rücktritts), für einen solchen Tatbestand zutreffen. Daß aber andererseits ein strafbefreiender Rücktritt von einer Vorbereitungshandlung, soweit es sich um einen unselbständigen Tatbestand handelt, zulässig sein muß, wurde schon oben[21]) ausgeführt. Sofern sich somit aus der Verschiedenartigkeit der einzelnen Tatbestände ergibt, daß eine Unterscheidung zwischen delicta sui generis und unselbständigen Vorbereitungshandlungen gerechtfertigt ist, muß sie auch von entscheidender Bedeutung für die Zulässigkeit eines strafbefreienden Rücktritts sein. Um nun im Einzelfalle entscheiden zu können, ob ein sel. s. gen. oder eine Vorbereitungshandlung vorliegt, erscheint es notwendig, vorerst rein theoretisch zu erörtern, welche Gesichtspunkte für eine solche Unterscheidung maßgebend sind. Abschließend soll dann in dem Abschnitt „Einzelerörterungen" an Hand von Beispielen gezeigt werden, zu welchen praktischen Ergebnissen die auf theoretischem Wege gefundenen Grundsätze führen.

Es wäre ein vergebliches Unterfangen, wollte man in der Strafrechtsliteratur nach einer einheitlichen Definition des Begriffes „delictum sui generis" suchen. Die Schwierigkeiten, eine treffende Begriffsbestimmung zu geben, werden besonders deutlich bei einer Gegenüberstellung der verschiedenen Ansichten maßgeblicher Lehrmeinungen: Frank[22]) sagt, eine Straftat sei dann als del. s. gen. anzusehen, wenn sie zu einem anderen im Verhältnis der Koordination, nicht aber der Subordination stehe; ob das eine oder andere zutreffe, sei im Einzelfalle im Wege der Auslegung zu entscheiden. An anderer Stelle[23]) führt er aus, das Wesen des del. s. gen. bestehe darin, daß die Handlung nicht wegen ihrer Beziehung zu einem Hauptdelikt, nicht als bloße Erscheinungsform, sondern wegen ihrer eigenartigen selbständigen Bedeutung mit Strafe bedroht sei. In diesem Falle sei sie auch dann ein selbständiges Delikt, wenn ihr Tatbestand auf ein anderes hinweise[24]). Nach Binding[25]) und

21) Siehe oben S. 37 ff.
22) VDAT. V. S. 216.
23) Komm. zu § 43 V/4; siehe auch Seligmann S. 56.
24) Hier ist insbes. an § 265 zu denken. Auch wenn der Tatbestand dieser Bestimmung auf § 263 hinweist, ist namentlich mit Rücksicht auf die Strafdrohung anzunehmen, daß es sich bei § 265 um ein del. s. gen. handelt; vgl. Frank Komm. § 265 I.
25) Lb. II S. 838, 866 Anm. 2.

Liszt[26]) liegt dann ein del. s. gen. vor, wenn mit der Vorschrift ein vollständig selbständiges Rechtsgut geschützt werden soll. Beling[27]) will aus der Strafdrohung auf die Selbständigkeit eines Tatbestandes schließen. Er unterscheidet Delikte mit einer in sich abgeschlossenen Strafdrohung (absolute, unabhängige oder Grundstrafdrohungen) und solche, die nach dem „Ob" ihres Eingreifens oder nach ihrer Größe von einer anderen Strafdrohung abhängig sein sollen und nur auf dem Umweg über ein zweites Delikt gefunden werden könnten (relative, abhängige oder akzessorische Strafdrohung). Nur derjenige tatbestandliche „Umriß" sei nun ein Verbrechenstypus, für den eine besondere Strafdrohung existiere (del. s. gen. im Gegensatz zur „Erscheinungsform"). Sauermann[28]) hält diese Auffassung für zu eng und betont, daß es sich nicht nur da um einen unselbständigen Tatbestand handele, wo eine Grundstrafdrohung fehle, sondern auch in dem Falle, in dem ein Tatbestand mit einem anderen in Verbindung gesetzt werden müsse, um Inhalt zu gewinnen.

Bei einer eigenen Stellungnahme ist vorerst davon auszugehen, daß weder das Gesetz selbst eine Definition des Begriffes del. s. gen. gibt, noch an irgendeiner Stelle eindeutig erkennbar wird, daß der Gesetzgeber bewußt ein del. s. gen. mit den sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen schaffen wollte. Die Bezeichnung del. s. gen. ist lediglich als ein von der Wissenschaft für bestimmte Einzelfälle entwickelter Oberbegriff anzusehen, wobei die verschiedensten Gesichtspunkte zu beachten sind, wenn für ein einzelnes Delikt zu entscheiden ist, ob ein solches del. s. gen. vorliegt[29]). Ob es sich im Einzelfall um einen selbständigen Tatbestand handelt, kann nicht für alle Delikte mit einer einheitlichen Definition gesagt werden; es handelt sich vielmehr, wie Frank sagt, um eine Frage der Auslegung, wobei alle angeführten Unterscheidungsmerkmale zu beachten sind. Für die Selbständigkeit einer vorbereitenden Straftat sprechen insbesondere die Unabhängigkeit der Strafdrohung[30]), die Tatsache, daß unmittelbar ein besonderes Rechtsgut geschützt werden soll[31]), oder daß ein Tatbestand auch ohne die Existenz einer weitergehenden Rechtsnorm selbständige Bedeutung

26) v. Liszt-Schm. § 175 I.
27) a. a. O. S. 264 ff.
28) a. a. O. S. 7 ff.
29) Es ließe sich wohl ebensogut für die in Frage kommenden Einzelfälle jeweils prüfen, ob einzelne Rechtsfolgen (z. B. Zulässigkeit eines strafbaren Versuchs oder eines strafbefreienden Rücktritts) unmittelbar aus der ratio der einzelnen Bestimmung und ihrem Verhältnis zu anderen Tatbeständen abzuleiten ist, anstatt den Begriff del. s. gen. einzuschalten (vgl. hierzu Schäfer S. 32).
30) Während eine Bestrafung nach § 49a davon abhängt, ob es sich bei dem Delikt, zu dem aufgefordert wird, um ein Verbrechen handelt, und der Charakter dieses Deliktes für die Höhe der Strafe aus § 49a von Bedeutung ist, enthält die Bestimmung des § 360 Zff. 4 eine absolute Strafdrohung, die nach dem „Ob" ihres Eingreifens und der Größe von einer anderen Strafbestimmung nicht abhängt.
31) Siehe unten, S. 44.

hat[32]). Eine besondere Bedeutung kommt bei dieser Unterscheidung aber dem Umfang des Vorsatzes zu[33]). So wird man stets annehmen müssen, daß es sich um ein selbständiges Delikt handelt, wenn der subjektive Tatbestand dieses Deliktes nicht erfordert, daß ein weitergehender Angriff auf das mit dieser Norm geschützte Rechtsgut beabsichtigt ist (vgl. etwa die §§ 360 Zff. 4 und 146 im Gegensatz zu den §§ 151 und 146). In diesen Fällen ist durch die Beschränkung des Vorsatzes die Beziehung zu dem Hauptdelikt unterbrochen. Ebenso wie man nicht mehr von einem strafbaren Versuch sprechen kann, wenn der Vollendungsvorsatz fehlt, kann auch nicht mehr die Rede von einer Vorbereitungshandlung sein, wenn der Vorsatz sich nicht auf einen weitergehenden Erfolg zu erstrecken braucht.

IV. Einzelerörterungen.

Die Frage, ob im Einzelfalle ein del. s. gen. oder eine unselbständige Vorbereitungshandlung vorliegt, ist insbesondere in den Fällen der § 49 a, 49 b, 82, 83, 92, 151, 360 Zff. 4, 5, 6 und 9, 310 a und 368 Zff. 10 umstritten. Eine Erörterung der Streitfrage soll deshalb auf diese angeführten Bestimmungen beschränkt bleiben.

1. Binding[34]) und v. Liszt[35]) vertreten die Auffassung, daß durch § 49 a ein besonderes Rechtsgut geschützt werde. Nach Binding wird durch eine Verletzung des § 49 a die „gesetzestreue Gesinnung" (des Aufgeforderten etc.) angegriffen, während v. Liszt den Grund für die Strafbarkeit darin sieht, daß der Täter mit der Verletzung dieser Norm seine „Verachtung und eine demonstrative Verhöhnung der Gesetze des Staates und des in ihnen ausgesprochenen Willens der Staatsgewalt" zum Ausdruck bringe[36]). Damit kommen beide zu dem Ergebnis, daß die Aufforderung zur Begehung einer strafbaren Handlung i. S. des § 49 a als selbständiges Delikt anzusehen sei[37]).

Gegen die Ansicht Bindings ist zunächst einzuwenden, daß sie im Gesetzestext selbst keine Stütze findet. Es liegt im Gegenteil nahe, aus der Stellung des § 49 a im Allgem. Teil zu schließen, daß der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung kein selbständiges Rechtsgut schützen wollte[38]). — Es soll nun nicht verkannt werden, daß in einer Auf-

32) So haben die §§ 110 ff. selbständige Bedeutung, wenn sie auch vielfach gleichzeitig eine Vorbereitung zum Hochverrat darstellen.

33) Vgl. Frank zu § 43 V. 4.

34) Lb. II 2, S. 838, 866/2.

35) Liszt-Schm. 8 175 I.

36) Ähnlich (aber schwächer) Olshausen zu § 49a N. 2, der von Angriffen auf die staatliche Rechtsordnung spricht.

37) Trotzdem will aber Binding aus Gründen der Billigkeit § 46 auf § 49a anwenden, wenn der Täter die Aufforderung angenommen hat, dann aber von dem Versuch des weitergehenden Verbrechens zurücktritt.

38) Vgl. Kuhlmann S. 11 ff.; a. A. Olshausen N. 2 Abs. 2; er sieht § 49 a als selbständiges Delikt an und kommt umgekehrt zu dem Ergebnis, § 49 a müsse

forderung oder einem „Erbieten" i. S. des § 49 a ein Angriff auf die „gesetzestreue Gesinnung" des Aufgeforderten oder desjenigen, der das Erbieten annimmt, liegen kann; in der Regel wird jedoch ein solcher Angriff nicht vorliegen. Das Gesetz läßt keineswegs erkennen, daß der Auffordernde dann nicht aus § 49 a zu bestrafen ist, wenn der Aufgeforderte bereits vorher entschlossen war, das Delikt, zu dem er aufgefordert wurde, zu begehen. Daß der Aufgeforderte in diesem Falle aber eine „gesetzestreue Gesinnung" nicht mehr hatte, bedarf keiner Ausführungen. — Ferner ist nicht ersichtlich, wie derjenige, der eine Aufforderung oder ein Erbieten i. S. des § 49 a annimmt, noch gegen die gesetzestreue Gesinnung des andern verstoßen kann, der doch die gesetzestreue Gesinnung als Auffordernder i. S. des § 49 a selbst schon verloren hat. Damit erscheint aber die Ansicht Bindings nicht haltbar, nachdem nicht einmal in der Regel in einem Verstoß gegen § 49 a ein Angriff auf die „gesetzestreue Gesinnung" eines andern zu sehen ist. — Auch die Ausführungen von Liszt können nicht überzeugen, denn die Verletzung eines jeden Gesetzes stellt eine Nichtachtung des Staatswillens dar. Sollte diese Mißachtung aber ausdrücklich unter Strafe gestellt werden, so müßte sie schon in einer besonders abfälligen oder gefährlichen Weise — etwa öffentlich vor einem größeren Personenkreise[39]) — erfolgen. Das Gesetz selbst sagt aber von einer solchen „Verhöhnung" des Staatswillens nichts.

Auch das Reichsgericht vertritt die Auffassung[40]), daß mit § 49 a ein besonderes Rechtsgut geschützt werden solle. Nach seiner Ansicht richtet sich eine Verletzung dieser Bestimmung gegen das Rechtsgut der „Sicherheit der Person" (der durch die Aufforderung Bedrohten). Diese Ansicht kann schon deswegen nicht überzeugen, weil das Delikt selbst, zu dem aufgefordert wird, sich nicht immer gegen die Sicherheit der Person richten muß. Das Reichsgericht sagt ebenso, wie v. Liszt und Bindig, lediglich, daß die Verwirklichung des Tatbestandes des § 49 a einen Angriff auf eine unbestimmte Zahl von Rechtsgütern oder auf die Rechtsordnung selbst darstelt. Eine unmittelbare Beeinträchtigung eines vom Gesetz geschützten Rechtsgutes kann durch eine Verletzung des § 49 a nicht erfolgen. Dient aber § 49 a nur dem mittelbaren Schutze einer unbeschränkten Zahl von Rechtsgütern und gewinnt er im Einzelfalle nur Inhalt und Bedeutung, wenn die Handlung, zu der aufgefordert wird, einen unter Strafe gestellten Angriff gegen ein bestimmtes Rechtsgut darstellt, so kann diese Bestimmung nicht mehr als selbständiger Tatbestand angesehen werden. Auch der Umstand, daß § 49 a

---

eigentlich im 6. Abschnitt des bes. Teils stehen. Es ist zuzugeben, daß die Stellung des § 49 a im Allgem. Teil allein eine zwingende Schlußfolgerung nicht zuläßt, da es zweifelhaft sein kann, ob der Gesetzgeber die Unselbständigkeit zum Ausdruck bringen wollte, wenn er diese Bestimmung im Allgem. Teil einfügte.

39) Vgl. etwa die §§ 110 ff. StrGB.

40) RG. 37/45.

eine abhängige Strafdrohung enthält, spricht für die Unselbständigkeit dieses Tatbestandes. Schließlich ist noch zu beachten, daß § 49 a eingefügt wurde, um eine Lücke auszufüllen, die durch die streng akzessorische Behandlung der Teilnahme entsteht, sodaß es schon mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift nicht gerechtfertigt erscheint, dem § 49 a eine weitergehende, selbständige Bedeutung beizumessen.

Handelt es sich nun bei § 49 a lediglich um eine unselbständige Vorbereitungshandlung, so muß auch ein strafbefreiender Rücktritt von § 49 a zulässig sein. Daraus folgt notwendig, daß der Täter auch dann nicht aus § 49 a zu bestrafen ist, wenn er eine Aufforderung angenommen oder sich erboten hat, ein Verbrechen i. S. des § 49 a zu begehen und bereits mit dem tatbestandsmäßigen Handeln beginnt, dann aber vom Versuch freiwillig zurücktritt.

2. Bei dem Verabredungsdelikt des § 49 b begründet schon der Begriff der Verabredung und der Wortlaut des Deliktes „wird schon wegen dieser Verabredung ... bestraft" die Vermutung, daß es sich hier um einen unselbständigen Tatbestand handelt. Daraus folgt, daß an sich ein strafbefreiender Rücktritt möglich sein müßte. — Nun enthält § 49 b insofern eine Sonderregelung, als in Abs. III ausdrücklich gesagt ist, daß der Täter nach dieser Bestimmung nicht bestraft wird, wenn er der Behörde oder dem Bedrohten so rechtzeitig Nachricht gibt, daß die Vollendung des beabsichtigten Verbrechens wider das Leben verhindert werden kann. Es ist nun unbestritten, daß auch stets dann Straflosigkeit eintritt, wenn der Täter auf andere Weise den Eintritt des Erfolges freiwillig verhindert hat, nachdem er gemäß § 49 b Abs. II schon straflos bleibt, wenn er durch Anzeige ermöglicht, daß das beabsichtigte Verbrechen verhindert werden kann. Im Gegensatz zur Mittäterschaft ist jedoch anzunehmen, daß der Täter, der sich an einem Mordkomplott i. S. des § 49 b beteiligt hat, nicht schon dann straflos wird, wenn er von der weiteren Beteiligung an der geplanten Tat Abstand nimmt, ohne seine Genossen ebenfalls zum Rücktritt zu veranlassen oder das Verbrechen auf sonstige Weise zu verhindern, obwohl durch seine freiwillige Umkehr sein früherer Tatbeitrag für die Durchführung des Unternehmens durch die anderen Genossen seine Bedeutung verloren hat[41]). Aus den in § 49 b Abs. II angeführten Fällen ist zu entnehmen, daß Straflosigkeit nur dann eintreten soll, wenn durch die Umkehr des Täters zumindest eine sichere Gewähr dafür gegeben ist, daß die Vollendung des beabsichtigten Verbrechens verhindert werden kann. Daraus ergibt sich folgendes Ergebnis: Wenn die Teilnahme eines „Genossen" an einer Verbindung i. S. des § 49 b lediglich darin bestand, daß er Waffen zur Verfügung stellte, und wenn er die Waffen wieder an sich nimmt, noch bevor die Handlung der übrigen Beteiligten einen Versuch

41) Vgl. Lobe § 47 N. 10; Frank S. 114; RG. 47/361, 54/326.

darstellt, so ist er nicht mit strafbefreiender Wirkung von § 49 b zurückgetreten, wenn seine Genossen das beabsichtigte Verbrechen mit anderen Mitteln vollenden. — Soweit er durch die Lieferung von Waffen zum Mittäter an dem Verbrechen selbst geworden ist, kann er dagegen im Stadium des Versuches noch zurücktreten und eine Bestrafung aus § 211 abwenden, wenn die übrigen Beteiligten ohne seine Hilfe auf andere Weise das beabsichtigte Delikt vollenden. Dagegen entfällt auch in diesem Falle nicht die Bestrafung aus § 49 b, da sein späteres Verhalten die Voraussetzungen des § 49 b Abs. II nicht erfüllt. Es soll nicht verkannt werden, daß dieses Ergebnis nicht restlos befriedigt. Da aber § 49 b unverkennbar strengere Anforderungen an den Täter stellt als § 46, muß sich notwendig in bestimmten Fällen eine verschiedene Behandlung ergeben[42]).

3. Auch bei den Vorschriften der §§ 82, 83 und 92 StrGB. muß angenommen werden, daß es sich um unselbständige Tatbestände handelt, da sich der Vorsatz bei diesen Delikten auf die Vollendung des Hoch- oder Landesverrates erstrecken muß und ihre Existenz ohne die weitergehenden Vorschriften der §§ 80, 81, 89 nicht denkbar wäre. Der Charakter dieser Delikte als unselbständige Tatbestände berechtigt auch hier nicht zu der Folgerung, daß ein Rücktritt stets zur Straflosigkeit führt, da die §§ 82 Abs. III und 92 Abs. III ausdrücklich verlangen, daß die Ausführung des Verbrechens im Fall der §§ 82 I und 92 I und II verhindert wird, ferner aber aus der Fassung des § 82 Abs. III zu entnehmen ist, daß für die übrigen Vorbereitungshandlungen der §§ 82 Abs. II und 83 ebenfalls eine besondere Regelung getroffen werden sollte. Die Fassung des § 82 Abs. III ist unklar und läßt verschiedene Auslegungen zu. Sie bestimmt zwar, daß der Täter, der zurücktritt und das hochverräterische Unternehmen verhindert, nach § 82 Abs. I nicht bestraft wird und daß auch eine Bestrafung nach § 83 nicht erfolgt. Damit bleibt aber unklar, ob für § 82 Abs. II schon ein Rücktritt i. S. des § 46 genügen soll, oder ob die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts hier ausgeschlossen ist. Ferner nimmt das Gesetz nicht dazu Stellung, wie der Rücktritt des Täters zu beurteilen ist, wenn nur ein Verstoß gegen § 83 vorliegt. Für den letzten Fall wird man ohne Bedenken annehmen können, daß unter den Voraussetzungen des § 82 III (Rücktritt und Verhinderung des Verbrechens bei Beteiligung mehrerer) Straflosigkeit eintritt, da es unverständlich wäre, wenn sich der Täter nur dann Straflosigkeit wegen einer Verletzung des § 83 erwerben

42) Es wäre wohl angebracht, wenn man dem freiwilligen Rücktritt des Mittäters nur dann strafbefreiende Wirkung zukommen ließe, wenn er alles, was in seiner Macht stand, getan hat, um das Verbrechen zu verhindern. Hat er sich schon einmal an einem Verbrechen beteiligt, so erscheint es nur dann gerechtfertigt, ihn mit Straflosigkeit zu belohnen, wenn durch sein späteres Verhalten mit aller Wahrscheinlichkeit auch die übrigen Mittäter an der Vollendung des beabsichtigten Deliktes verhindert werden.

könnte, wenn er die besonders schwere Form des § 82 Abs. I gewählt hatte. — Dagegen ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber jede Vergünstigung im Falle des § 82 Abs. II bei freiwilligem Rücktritt des Täters ausschließen wollte, da nach der Strafdrohung § 82 Abs. I und II als gleichschwere Delikte anzusehen sind, die letzte Vorschrift aber in Abs. III nicht erwähnt ist, was zumindest in dem zweiten Halbsatz hätte geschehen müssen, wenn Straflosigkeit eintreten sollte.

Tritt nun der Täter, der mit einem anderen etwa einen diplomatischen Landesverrat verabredet hat (§ 91 StrGB.), erst im Stadium des Versuchs zurück, so kann Straflosigkeit auch hinsichtlich des § 92 Abs. I nur dann eintreten, wenn er verhindert, daß der Mittäter das Verbrechen vollendet[43]). Da es sich bei den §§ 80, 81 um hochverräterische Unternehmen handelt (nach § 87 Versuch und Vollendung), von denen richtiger Ansicht nach auch dann ein strafbefreiender Rücktritt nicht möglich ist, wenn die Handlung materiell noch einen Versuch darstellt, wird hier nicht problematisch, ob aus § 81 Abs. I und II zu bestrafen ist, wenn der Täter erst im Stadium des Versuches zurücktritt[44]).

4. Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller wie auch das Reichsgericht sind der Auffassung, daß § 151 ein del. s. gen. sei[45]). Lediglich Frank[46]) und Sauermann[47]) vertreten die Ansicht, daß auch hier ein unselbständiger Tatbestand vorliege. Besondere Beachtung verdient eine Entscheidung des Reichsgerichtes, die zu dieser Frage eindeutig Stellung genommen hat[48]). Das Reichsgericht führt aus, der Tatbestand des § 151 gehe in dem des § 146 nur dann auf, wenn das Münzverbrechen zumindest bis zum strafbaren Versuch gediehen sei. Scheide § 146 infolge freiwilligen Rücktritts vom Versuch als Gegenstand der Beurteilung aus, so erlange der vollendete Tatbestand des § 151 seine Selbständigkeit als del. s. gen. zurück; er sei dann keine Vorbereitung jenes Verbrechens

43) Die Ausführungen zu § 49 b gelten hier entsprechend (s. o. S. 83). Es kann also der Täter wegen seines freiwilligen Rücktritts zwar möglicherweise aus § 91 nicht bestraft werden, obwohl der Mittäter das Delikt vollendet hat; dagegen hat dieser Rücktritt nicht zur Folge, daß auch eine Bestrafung aus § 92 I entfällt, wenn der Erfolg nicht verhindert wird.

44) Vgl. Olshausen § 46 N. 5; Lobe zu § 46 N. 4; Frank Nachtrag zu § 80 I/1 b und RG. 10/324. Wenn auch eine entsprechende Anwendung des § 46 auf Unternehmensdelikte, solange sich die Handlung materiell im Stadium des Versuchs befindet, grundsätzlich gerechtfertigt sein mag (vgl. Frank § 43 V. A. 2, 3; Herzog S. 230), so kann dieser Grundsatz doch nicht für die Unternehmensdelikte des 1. Abschnitts des bes. Teils gelten. Nachdem bisher die überwiegend herrschende Meinung und insbes. das Reichsgericht die Auffassung vertraten, daß ein Unternehmenstatbestand in jeder Hinsicht als vollendetes Delikt anzusehen sei, muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber bei der Neufassung dieses Abschnitts eine ausdrückliche Regelung getroffen hätte, wenn er einen strafbefreienden Rücktritt zulassen wollte, solange der schädliche Erfolg noch nicht eingetreten ist.

45) Eberm. § 151 N. 3; Olshausen § 151 N. 2; RG. in JW. 1924 S. 1525.

46) Frank Komm. § 151/II.

47) Sauermann S. 63.

48) RG. in JW. 1924 S. 1525.

mehr und werde von dem Rücktritt nicht berührt. — Damit nimmt das Reichsgericht also offenbar an, daß eine Vorbereitungshandlung stets ein del. s. gen. darstellt, denn wenn es in § 151 zwar eine Vorbereitungshandlung sieht, andererseits aber betont, daß § 151 infolge des Rücktritts seine Selbständigkeit als del. s. gen. zurückerlange, so muß angenommen werden, daß es grundsätzlich auf diese Unterscheidung verzichtet.

Gerade im Falle des § 151 wird man mit Frank und Sauermann annehmen müssen, daß es sich um einen unselbständigen Tatbestand handelt, da offensichtlich das Verhältnis der Strafdrohungen wie die tatbestandsmäßige Verbindung mit § 146 gegen eine Selbständigkeit dieses Deliktes sprechen. Berücksichtigt man schließlich noch, daß sich im § 151 auch der Vorsatz auf Vollendung der Münzfälschung erstrecken muß, so können kaum noch Bedenken bestehen, die Vorschrift des § 46 per arg. a maiori ad minus hier anzuwenden. Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden:

(1) Der Täter hat Platten zum Zwecke der Münzfälschung angefertigt und beginnt mit dem Fälschen[49]), gibt seine Tätigkeit aber noch im Stadium des Versuchs wieder auf und vernichtet die Platten. In diesem Falle bleibt der Täter straflos.

(2) Der Täter hat Platten zum Zwecke der Münzfälschung angefertigt und beginnt mit dem Fälschen, gibt den Versuch aber nur v o r l ä u f i g wieder auf (ohne die Platten zu vernichten) in der Absicht, die Münzfälschung demnächst zu vollenden. Hier bleibt der Täter aus §§ 146, 43 strafbar, da ein freiwilliger Rücktritt vom Versuch nicht vorliegt, wenn der Täter einen bereits geschaffenen Zustand demnächst zur Fortsetzung seiner Tätigkeit benutzen will[50]).

5. Während in den bisher behandelten Fällen sich bei der Vorbereitung die Absicht oder der Vorsatz des Täters auf die Vollendung eines weitergehenden Verbrechens richten muß[51]), kennt das Gesetz auch eine Anzahl von Bestimmungen, die zwar tatbestandsmäßig eine Vorbereitung zu einem zweiten selbständigen Delikt darstellen können, bei denen jedoch der Vorsatz sich lediglich auf das mit Strafe bedrohte erste Delikt zu erstrecken braucht oder schon eine fahrlässige Begehung ausreicht. Typische Fälle dieser Art sind die §§ 127, 310 a, 360 Zff. 4, 5 und 6

49) Eine Vorbereitungshandlung i. S. des § 151 liegt erst dann vor, wenn die Platten ein Bild dessen enthalten, was als Zeichen oder Figur in Metall oder Papier hervorgebracht werden soll; vgl. RG. 55/46.

50) Eberm. Komm. zu § 46; vgl. auch Frank zu § 46, der ausführt, zum freiwilligen Rücktritt sei nicht erforderlich, daß der Täter den Entschluß e n d g ü l t i g aufgebe; ein strafbefreiender Rücktritt liege aber nach h. L. dann nicht vor, wenn ein geschaffener Zustand später zur Fortsetzung des Deliktes benutzt werden solle.

51) § 49 b: „Wer an einer Verabredung teilnimmt, die Verbrechen wider das Leben bezweckt . . .“; § 151: „zum Zwecke der Münzfälschung . . .“; vgl. auch die §§ 49 a, 82 Abs. I, 83.

und 368 Zff. 10. Wenn auch die angeführten Bestimmungen zum größten Teil tatbestandsmäßig in einem engen Zusammenhang mit weitergehenden Schutzbestimmungen stehen und das gleiche Rechtsgut geschützt werden soll wie in einer anderen gesetzlichen Vorschrift, so ist doch aus dem beschränkten Schulderfordernis, dem polizeilichen Charakter dieser Bestimmungen und der selbständigen Strafdrohung zu schließen, daß es sich hier um selbständige Tatbestände handelt. Insbesondere ist auch aus der Änderung des § 310 StrGB., die zum Ausdruck brachte, daß eine tätige Reue i. S. des § 310 auf eine Bestrafung aus § 310 a keinen Einfluß haben soll, zu schließen, daß diese Gefährdungsdelikte auch in den übrigen Fällen als selbständige Tatbestände anzusehen sind, von denen ein strafbefreiender Rücktritt nicht möglich ist. Damit ist aber auch der qualifizierte Versuch in diesen Fällen strafbar.

E. Abschließende kritische Betrachtung.

Die vorangegangenen Untersuchungen haben gezeigt, daß ein im Versuch enthaltenes vollendetes Delikt stets zu bestrafen ist, wobei als vollendete Delikte auch strafbare Vorbereitungshandlungen gelten, soweit sie sich als delicta sui generis erweisen.

Es wäre nun verfehlt, bei einer Untersuchung über die innere Rechtfertigung dieser Bestrafung das vollendete Delikt isoliert zu betrachten und die einheitliche tatsächliche und psychologische Situation der Tat in der Weise zu zergliedern, daß man unberücksichtigt ließe, warum eine Bestrafung bei einer einheitlichen Handlung insoweit unterbleibt, als sie einen Versuch des gefährlicheren Deliktes darstellt. Würde man das vollendete Delikt aus dem natürlichen Zusammenhang der gesamten Handlungseinheit herausnehmen, so ließe sich kaum ein Gesichtspunkt finden, der gegen eine Bestrafung dieser vollendeten Delikte sprechen könnte; sie wären ebenso strafwürdig wie jenes andere vollendete Delikt. — Berücksichtigt man jedoch, welche Gründe dazu geführt haben, die weitergehende Versuchshandlung wegen des freiwilligen Rücktritts straflos zu lassen, so erscheint die Bestrafung des qualifizierten Versuches weit weniger selbstverständlich.

Soweit die Ansicht vertreten wird, die Straflosigkeit bei freiwilligem Rücktritt ergebe sich aus rechtsdogmatischen Gründen, kann die Rechtfertigung der Bestrafung des qualifizierten Versuches keine Schwierigkeiten bieten. Entfällt der Tatbestand, die Rechtswidrigkeit oder Schuld eines versuchten Deliktes, weil vor Eintritt des Erfolges der verbrecherische Wille infolge des Rücktritts „annulliert" wurde oder weil „das Verhalten als Ganzes des Charakter der Setzung einer Ursache zu einem schädlichen Erfolg entbehrt", so kann folgerichtig die Wirkung des Rücktritts nur soweit reichen, als ein schädlicher Erfolg noch nicht eingetreten ist. Der Rücktritt des Täters kann dagegen keine Wirkungen mehr haben, soweit die Handlung zu einer schuldhaften und rechtswidrigen Verletzung eines Rechtsgutes geführt hat. Dieser Rechtfertigung für die Bestrafung des qualifizierten Versuches kommt jedoch keine Bedeutung zu, da die Rechtstheorien (wie bereits oben S. 4 ff., 8 ausgeführt wurde), eine überzeugende Begründung für die Straflosigkeit beim freiwilligen Rücktritt nicht geben können.

Eine eigenartige Kontroverse ergibt sich, wenn man die Frage, ob die Bestrafung des qualifizierten Versuches gerechtfertigt ist, vom Standpunkt der kriminalpolitischen Theorie aus betrachtet. — Sieht man von allen übrigen Bedenken gegen diese Theorie ab, so kann doch nicht zweifelhaft sein, daß das Versprechen der Straflosigkeit nur dann eine präventive Wirkung zeitigen kann, wenn der Täter auch wirklich völlig

straflos bleibt. — Betrachtet man nun jene Fälle, in denen häufig ein Rücktritt vom Versuch vorkommt, so muß man zu der überraschenden Feststellung gelangen, daß in den seltensten Fällen der Täter wirklich straffrei ausgeht. Es mögen hier nur einige Beispiele für die möglichen Fälle des Zusammentreffens von versuchten und vollendeten Delikten, die häufig zum qualifizierten Versuch führen, erwähnt werden.

Es enthalten stets oder in der Regel

versuchter Einbruchsdiebstahl — Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung;
versuchte Unterschlagung — vollendete Untreue;
versuchte Erpressung und versuchter Raub — Nötigung, Bedrohung oder Körperverletzung;
versuchte Erpressung — wissentlich falsche Anschuldigung;
Betrugsversuch — vollendete Urkundenfälschung;
versuchter Versicherungsbetrug — Sachbeschädigung;
versuchte Brandstiftung — Sachbeschädigung oder ein Gefährdungsdelikt i. S. des § 310 a;
versuchte Notzucht — Nötigung, Körperverletzung und Beleidigung;
versuchte Tötung nach den §§ 211, 212, 216, 217 — Körperverletzung nach den §§ 223, 223 a, 224;
Mordversuch — vollendete Brandstiftung.

Die Aufzählung solcher Fälle ließe sich noch beliebig fortsetzen. Berücksichtigt man nun, daß sich die Strafrahmen in den angeführten Fällen fast ausnahmslos weit überschneiden, so erscheint es durchaus denkbar, daß der Rücktritt des Täters von dem versuchten Verbrechen für die Höhe der Strafe in einer Vielzahl von Fällen praktisch bedeutungslos ist. Geht man aber davon aus, daß der Staat beim freiwilligen Rücktritt des Täters eine an sich strafwürdige Tat nur deswegen nicht bestraft, weil auf diese Weise das angegriffene Rechtsgut geschützt werden soll, so würde die Bestimmung des § 46 StrGB. ihrer Aufgabe nicht gerecht werden können, wenn man die „goldne Brücke" wieder abbricht und damit den Anreiz zum Rücktritt beseitigt.

Soweit man also kriminalpolitische Gründe als entscheidende Rechtfertigung für die Straflosigkeit des Versuchs bei freiwilligem Rücktritt des Täters ansieht, müßte man konsequent zu dem Ergebnis gelangen, daß auch der qualifizierte Versuch straflos bleiben müsse.

Sowohl das Reichsgericht als auch vereinzelte Lehrmeinungen haben diese Gesichtspunkte verschiedentlich berücksichtigt und gelangen in besonders drastischen Fällen zu dem Ergebnis, daß der Rücktritt des Täters in vollem Umfange Straflosigkeit zur Folge haben müsse. Zu dem besonders geregelten Falle der Tatreue i. S. des § 310 a. F. führt das Reichsgericht, das im übrigen als einzige Grundlage für die Rechtfertigung der Straflosigkeit kriminalpolitische Gesichtspunkte maß-

gebend sein läßt[1]), aus, mit der Strafbestimmung des § 310 bezwecke der Gesetzgeber, den Täter durch das Versprechen der Straflosigkeit „Zum Löschen des von ihm verursachten Brandes anzuspornen und so im Interesse des öffentlichen Wohles größeren Schaden zu verhüten". Der Zweck dieser Bestimmung würde jedoch vereitelt, wenn dem im übrigen frei ausgehenden Täter noch die Bestrafung wegen der mit der Brandstiftung verübten Sachbeschädigung drohe[2]). Auch Löffler[3]) will die Straflosigkeit der Vergiftung, die als Mittel zur Tötung dienen sollte, bei freiwilligem Rücktritt des Täters aus dieser Erwägung rechtfertigen.

Soweit in der Strafrechtsliteratur überhaupt eine Rechtfertigung für die Bestrafung des qualifizierten Versuches gegeben wird, verkennt man fast immer diese Gesichtspunkte. Bezeichnend ist aber, daß gerade Allfeld[4]) und Mezger[5]), die beide die Straflosigkeit bei freiwilligem Rücktritt nur aus kriminalpolitischen Gesichtspunkten rechtfertigen wollen, eine Begründung anführen, die nicht nur jeden Zusammenhang mit dieser Theorie vermissen läßt, sondern auch in einem unlösbaren Widerspruch zu ihr steht. Sie führen aus, es gehe nicht an, jemand wegen eines Deliktes deshalb straflos zu lassen, weil er ein schwereres beabsichtigt habe. — Vom Standpunkt der kriminalpolitischen Theorie müßte dieser Satz aber umgekehrt lauten: Es geht nicht an, jemand wegen eines geringen Deliktes zu bestrafen, wenn damit der Anreiz zur Aufgabe des beabsichtigten gefährlicheren Rechtsbruchs verloren geht. Der von Allfeld angeführte Satz wäre lediglich haltbar, wenn man als Rechtfertigung für die Straflosigkeit des Versuchs bei freiwilligem Rücktritt rechtsdogmatische Gründe für entscheidend erachten würde[6]).

Stellt man sich auf den Standpunkt der hier vertretenen „Billigkeitstheorie", so ist diese Begründung zwar im Ergebnis richtig, in dieser Form aber unvollständig. — Die Fragestellung müßte nach dieser Ansicht etwa lauten: Kann die Belohnung für das freiwillige Abstehen von dem beabsichtigten schweren Delikt so weit reichen, daß man dem Täter auch die Strafe des geringeren vollendeten Deliktes erläßt? — Die Beantwortung dieser Frage ist nach der hier vertretenen Ansicht allein dafür entscheidend, ob auch eine innere Rechtfertigung für die Bestrafung des qualifizierten Versuches gegeben werden kann.

---

1) RG. 6/341; 14/23; 38/403; 47/360.

2) RG. Bd. 57 S. 296.

3) a. a. O. S. 306: „Der Gesetzgeber verspricht dem Mörder Straflosigkeit, wenn er den Tod des Opfers abwendet; es heißt aber nicht ehrlich Wort halten, wenn dann der Täter plötzlich unter dem Titel der Lebens- und Gesundheitsgefährdung haftbar gemacht wird, nachdem er den Schaden verhütet hat."

4) Allfeld Lb. S. 201 Anm. 37.

5) Mezger a. a. O. S. 403 und 407.

6) Es erscheint daher auch gerechtfertigt, wenn v. Bar II S. 564 als Vertreter einer „Rechtstheorie" diesen Satz ebenfalls anführt.

Es ist davon auszugehen, daß dem Täter, der aus freien Stücken vor Verwirklichung eines schädlichens Erfolges sein Vorhaben aufgegeben hat, als belohnende Vergeltung eine Strafvergünstigung zugute kommen muß. Aus der Erwägung, daß die Intensität des verbrecherischen Willens nicht so stark war, den entscheidenden Kulminationspunkt der Schädigung geschützter Rechtsgüter zu überwinden, erscheint es in vielen Fällen gerechtfertigt, den Täter straflos ausgehen zu lassen. Diese Rechtfertigung muß jedoch mit Notwendigkeit dann versagen, wenn der Täter nicht davor zurückgeschreckt ist, auf dem Wege zu dem beabsichtigten Enderfolge bereits einen anderen als Mittel gedachten schädlichen Erfolg schuldhaft zu verursachen[7]).

Gerade aus dieser Erwägung erscheint es auch gerechtfertigt, den qualifizierten Versuch stets zu bestrafen, ohne zu unterscheiden, ob das versuchte und das vollendete Delikt in Idealkonkurrenz oder Gesetzeskonkurrenz stehen. — Hat der Täter auf dem Wege zu dem beabsichtigten Enderfolg willkürlich ein Mittel gewählt, das einen schwereren Erfolg verursachen muß als das gewöhnliche (z. B. versuchte Tötung durch Brandstiftung anstatt versuchter Tötung durch Körperverletzung), oder ist es dem Täter auch auf die Verwirklichung des konsumierten Deliktes angekommen (z. B. der Täter wählt mit Absicht ein besonders grausames Mittel zur Tötung seines Opfers), so erscheint die Handlung ohne Zweifel verwerflicher, als wenn das vollendete Delikt nur den notwendigen Durchgangspunkt zu dem beabsichtigten darstellte und auch nur als solcher gewollt war. Dieser Unterschied in der Strafwürdigkeit kann jedoch nur bei der Strafzumessung von Bedeutung sein.

Der Staat wird beim qualifizierten Versuch auch dann auf eine Bestrafung nicht verzichten dürfen, wenn durch die Verwirklichung des Sekundärdeliktes ein sichtbarer Schaden zwar noch nicht eingetreten ist, wegen der besonderen Gefährlichkeit oder der Verwerflichkeit des Deliktes aber der Standpunkt gerechtfertigt erscheint, daß schon diese

7) Das RG. hat in der bereits erwähnten Entscheidung in Bd. 57 S. 296 auch von dem hier vertretenen Standpunkt aus die Bestrafung des vollendeten Deliktes geprüft und führt aus, es sei ein befremdendes Ergebnis, „dem Täter die tätige Reue zwar für das schwerere Verbrechen der vollendeten Brandstiftung, jedoch nicht für das leichtere Vergehen der Sachbeschädigung gutzubringen, zumal jenes ohne Versehrung des Stoffes des angezündeten Gegenstandes überhaupt nicht denkbar sei". Dieser Entscheidung ist mit Rücksicht auf die Besonderheit dieses Falles auch aus Billigkeitsgründen zuzustimmen. Für die grundätzliche Frage, ob aus Gründen der Billigkeit auch der qualifizierte Versuch straflos bleiben kann, sind die hier maßgebenden Gesichtspunkte jedoch nicht von entscheidender Bedeutung. Wenn der Gesetzgeber in einem Einzelfalle bei einem vollendeten Delikt ausnahmsweise Straflosigkeit verspricht, weil der bereits eingetretene Schaden zu dem verhüteten in einem ungewöhnlichen Verhältnis steht, so wäre es inkonsequent, wenn auf der anderen Seite die Verursachung des gleichen geringen Schadens bestraft würde. Der qualifizierte Versuch unterscheidet sich von diesem Falle aber insofern wesentlich, als durch den Versuch eben noch kein Schaden entstanden ist. (Nach dem Wortlaut des § 310 n. F. ist diese Ansicht des RG. allerdings kaum mehr vertretbar.)

besondere Gefährdung eines Rechtsgutes als vollendeter Rechtsbruch gewertet werden muß (vgl. etwa die §§ 82 Abs. II, 110, 127, 221 Abs. I und II). Eine solche selbständige Rechtsverletzung kann insbesondere auch dann angenommen werden, wenn die gefährliche Situation durch Fahrlässigkeit herbeigeführt wurde (vgl. die §§ 310 a und 360 Zff. 4). — In diesen Fällen kann dem Täter die Strafe nicht mehr erlassen werden, wenn er die Gefahr wieder beseitigt, bevor der Schaden eingetreten ist, da die Gefährdung selbst als selbständiger Erfolg angesehen wird. Das spätere Verhalten des Täters kann hier nur noch bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

Eine andere Beurteilung verlangt die Frage, wie sich der freiwillige Rücktritt auf die im Versuch enthaltene unselbständige Vorbereitungshandlung auswirken soll. Hier ergibt sich schon aus dem subsidiären Charakter derartiger Vorbereitungshandlungen gegenüber dem Versuch, daß sich die Wirkungen eines freiwilligen Rücktritts auch auf dieses erste Stadium der Tat erstrecken müssen[8]).

Wollte man nun im Gesetz ausdrücklich bestimmen, daß ein strafbefreiender Rücktritt von einer Vorbereitungshandlung zulässig sein soll, so wäre damit noch keine befriedigende Lösung gegeben, da nicht minder umstritten ist, wann die Handlung vor der materiellen Vollendung als unselbständige Vorbereitungshandlung oder delictum sui generis anzusehen ist. Es erscheint daher zweckmäßig, eine gesetzliche Regelung dahingehend zu treffen, daß nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen ein freiwilliger Rücktritt strafbefreiende Wirkung haben soll. Es bliebe dann dem Gesetzgeber überlassen, ausdrücklich zu bestimmen, in welchen Einzelfällen er dem Rücktritt von einer vorbereitenden Straftat strafbefreiende Wirkung zukommen lassen will. — Damit würde die schwierige und umstrittene Unterscheidung zwischen Vorbereitungshandlung und del. s. gen. in diesem Zusammenhang ihre Bedeutung verlieren. Mit dieser Regelung wäre gleichzeitig auch die Frage gelöst, inwieweit bei einem freiwilligen Rücktritt vom Versuch eine Bestrafung aus dem Tatbestand der subsidiären Vorbereitungshandlung entfällt[9]).

8) Siehe oben S. 37 ff.
9) Siehe oben S. 39.

Lebenslauf.

Am 23. Januar 1914 wurde ich, Willi Erich Wagner, als Sohn des Schneidermeisters Michael Wagner und seiner Ehefrau Emma, geb. Maier, in Aschaffenburg geboren. Ich besuchte vier Jahre die Volksschule in Bad Nauheim und trat Ostern 1924 in die dortige Ernst-Ludwig-Schule (Reformrealgymnasium) ein, an der ich Ostern 1933 die Reifeprüfung bestand. Anschließend studierte ich sieben Semester Rechtswissenschaft an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität in Frankfurt a. M. Am 5. Juni 1937 habe ich die erste juristische Prüfung beim Oberlandesgericht Frankfurt a. M. bestanden. Am 1. Juli 1937 wurde ich vom Oberlandesgericht Bamberg in den Vorbereitungsdienst übernommen.